

红筹企业境内上市
相关热点法律问题的分析探讨 001 /

上市公司股票期权
在家庭财富中的分割规则 017 /

《生物安全法》对企业合规的影响 033 /

反垄断执法机构回应互联网领域监管挑战
——《关于平台经济领域的
反垄断指南(征求意见稿)》亮点解读 045 /

房地产企业破产时如何解决
网签备案注销问题 054 /



红筹企业境内上市 相关热点法律问题的分析探讨

作者：胡怡静、胡佩琳、丁文昊、姚启明、郭克军



红筹企业是指注册地在境外、主要经营活动在境内的企业。2018年之前,在境内证券交易所上市的公司必须为注册于中国境内的股份有限公司,因此红筹企业必须拆除红筹架构方能回归境内资本市场进行上市融资。为吸引更多的独角兽企业回归A股,国务院办公厅于2018年3月22日转发了《证监会关于开展创新企业境内发行股票或存托凭证试点若干意见》的通知(国办发〔2018〕21号)(以下称为“《试点意见》”),允许符合试点企业条件的红筹企业在境内资本市场发行股票或存托凭证上市,打开了红筹企业保留红筹架构回归境内资本市场的大门。虽然,2018年的红筹回归大潮未能在彼时立即实现独角兽企业回归主板的目标,但随着注册制改革的红利,各证监会及证券交易所自2019年起陆续出台了一系列具体规则协助试点落地。其中,科创板走在最前列,自2019年实施试点以来已有红筹企业成功上市的多个案例;创业板自2020年6月实施注册制改革,亦明确允许红筹企业在创业板上市,但由于新规实施时间尚短,截至目前尚未有红筹企业成功登陆创业板的案例。

2020年10月29日,开曼公司九号有限公司(689009.SH)正式在上海证券交易所科创板挂牌上市,成为在科创板发行中国存托凭证(以下称为“CDR”)并上市的第一家红筹企业。同时,九号有限公司也是中国资本市场第一例采用红筹VIE架构在境内上市、第一例报送上市前存量股份流通减持方案并获批的案例,笔者团队作为发行人律师全程参与其中,并最终助力九号有限公司成功通过上市审核并获发行注册。

笔者团队作为九号有限公司及其他在手项目的亲历者、红筹企业境内发行存托凭证相关项目的先行者,在项目进程中协助发行人与证监会、上海证券交易所、外汇管理部门、中国证券登记结算有限公司等监管机构及存托托管机构就项目难点进行了积极沟通与探讨,并开创了诸多市场先例,积累了宝贵的经验。随着红筹企业境内上市的法规体系逐渐完善,相关红筹企业在境内上市的进程已逐步加速。

结合项目经验,我们对红筹企业境内上市相关法律问题进行如下汇总分析。

第一部分\ 红筹企业境内上市的主要条件

试点红筹企业保留红筹架构在境内直接上市的主要条件包括“行业条件”和“市值及财务指标条件”两个方面：

(一) 行业条件

试点红筹企业在不同板块上市，需同时满足《试点意见》的试点要求及拟上市板块的行业要求，具体汇总如下：

行业要求	主板/中小板	科创板	创业板
试点要求	根据《试点意见》的相关规定，试点企业应当是符合国家战略、掌握核心技术、市场认可度高，属于 <u>互联网、大数据、云计算、人工智能、软件和集成电路、高端装备制造、生物医药</u> 等高新技术产业和战略性新兴产业，且达到相当规模的创新企业。		
各板块行业要求		<p>优先支持符合国家战略，拥有关键核心技术，科技创新能力突出，主要依靠核心技术开展生产经营，具有稳定的商业模式，市场认可度高，社会形象良好，具有较强成长性的企业。</p> <p>重点支持行业：<u>新一代信息技术、高端装备、新材料、新能源、节能环保、生物医药产业</u>。</p> <p>即，科创板上市企业需具有“<u>科创属性</u>”。</p>	<p>深入贯彻创新驱动发展战略，适应发展更多依靠创新、创造、创意的大趋势，主要服务成长型创新创业企业，支持传统产业与新技术、新产业、新业态、新模式深度融合。</p> <p>此外，创业板设置<u>行业负面清单</u>制度。</p>

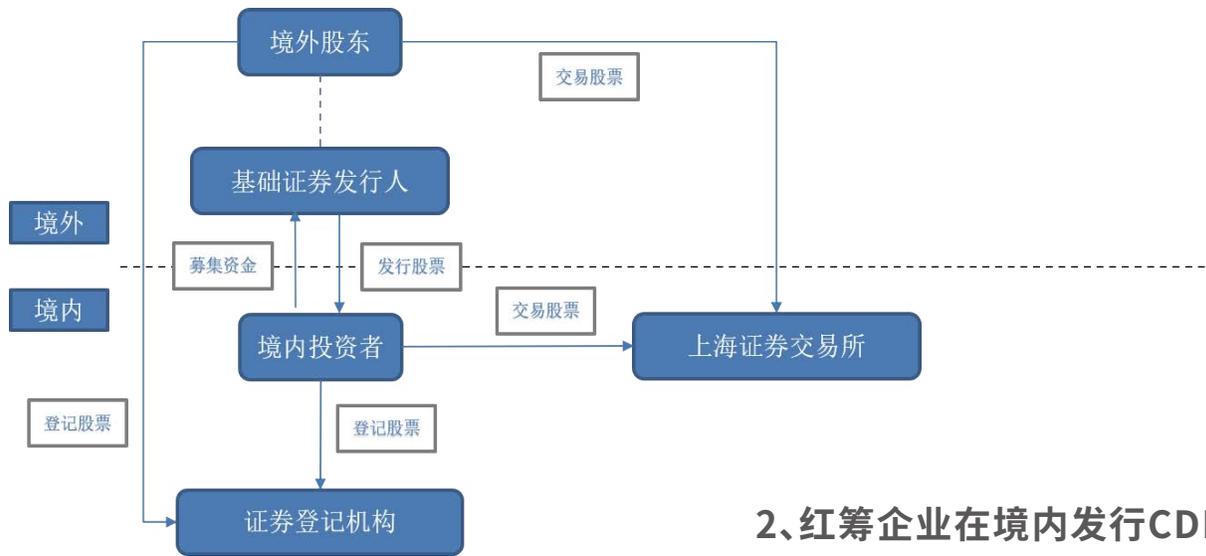
(二) 市值及财务指标条件

企业类型	主板/中小板 (有待未来新规进一步细化)	科创板	创业板
已上市红筹企业	1. 市值不低于2,000亿元人民币; 2. 市值200亿元人民币以上, 且拥有自主研发、国际领先技术, 科技创新能力较强, 同行业竞争中处于相对优势地位		1. 市值不低于2,000亿元人民币, 且最近一年净利润为正 ; 2. 市值200亿元人民币以上, 且拥有自主研发、国际领先技术, 科技创新能力较强, 同行业竞争中处于相对优势地位, 且最近一年净利润为正
未上市红筹企业	1. 近一年营业收入不低于30亿元人民币且估值不低于200亿元人民币;		1. 近一年营业收入不低于30亿元人民币且估值不低于200亿元人民币, 且最近一年净利润为正 ;
	2. 营业收入快速增长, 拥有自主研发、国际领先技术, 同行业竞争中处于相对优势地位的尚未在境外上市红筹企业(各板块不同要求如下所示): 拥有自主研发、国际领先、能够引领国内重要领域发展的知识产权或专有技术, 具备明显的技术优势的高新技术企业, 研发人员占比超过30%, 已取得与主营业务相关的发明专利100项以上, 或者取得至少一项与主营业	(1) <u>市值及财务指标</u> 应当至少符合下列标准之一: 1) 预计市值不低于人民币100亿元; 2) 预计市值不低于人民币50亿元, 且最近一年营业收入不低于人民币5亿元。 (2) 适用有关“ <u>营业收入</u>	(1) <u>市值及财务指标</u> 应当至少符合下列标准中的一项: 1) 预计市值不低于100亿元, 且最近一年净利润为正 ; 2) 预计市值不低于50亿元, 最近一年净利润为正且营业收入不低于5亿元。 (2) “ <u>营业收入快速增长</u> ”的具体标准与科创板一致。

企业类型	主板/中小板 (有待未来新规进一步细化)	科创板	创业板
	<p>务相关的一类新药药品批件,或者拥有经有权主管部门认定具有国际领先和引领作用的核心技术;依靠科技创新与知识产权参与市场竞争,具有相对优势的竞争地位,主要产品市场占有率排名前三,最近三年营业收入复合增长率30%以上,最近一年经审计的主营业务收入不低于10亿元人民币,且最近三年研发投入合计占主营业务收入合计的比例10%以上。</p> <p>对国家创新驱动发展战略有重要意义,且拥有较强发展潜力和市场前景的企业除外。</p>	<p>“快速增长”的规定时,应当符合下列标准之一:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1)最近一年营业收入不低于人民币5亿元的,最近3年营业收入复合增长率10%以上; 2)最近一年营业收入低于人民币5亿元的,最近3年营业收入复合增长率20%以上; 3)受行业周期性波动等因素影响,行业整体处于下行周期的,发行人最近3年营业收入复合增长率高于同行业可比公司同期平均增长水平。 <p>处于研发阶段的红筹企业和对国家创新驱动发展战略有重要意义的红筹企业,不适用“营业收入快速增长”上述要求。</p>	

第二部分 红筹企业发行CDR与发行股票的对比分析

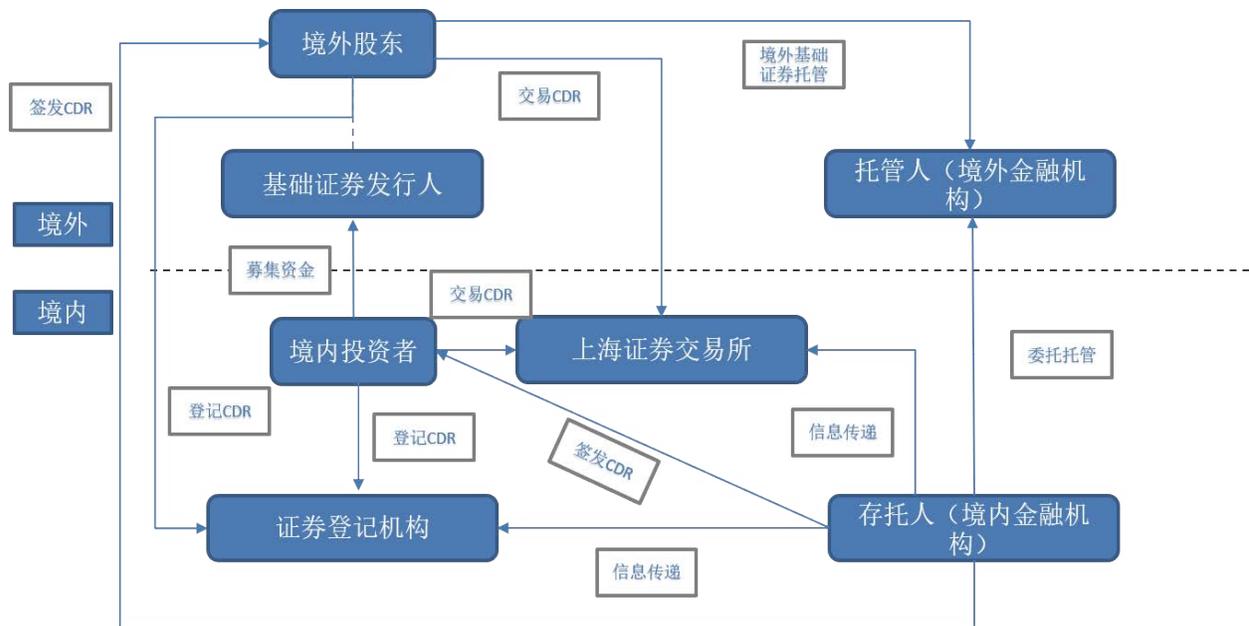
(一) 发行中国存托凭证与发行股票的法律关系



根据目前的监管规则，红筹企业可采取直接发行股票或发行CDR两种方式实现在境内上市。两种方案的法律关系如下：

1、红筹企业在境内发行股票并上市的法律关系(下图)

2、红筹企业在境内发行CDR并上市的法律关系(下图)



存托凭证和股票均为权益性证券，但发行CDR相较于直接发行股票的法律结构而言更为复杂，主要存在的差异如下：

(1) 参与CDR发行的主体增加了存托人及托管人。所谓存托人是指按照存托协议的约定持有境外基础证券，并相应签发代表境外基础证券权益的存托凭证的中国境内法人。根据《存托凭证发行与交易管理办法（试行）》的相关规定，中国证券登记结算有限责任公司及其子公司、经国务院银行业监督管理机构批准的商业银行、证券公司可以担任存托人。而托管人是指受存托人委托，按照托管协议托管存托凭证所代表的基础证券的金融机构，存托人可以委托

境外金融机构担任托管人，托管存托人持有的境外基础证券。

(2) 存托凭证持有人需通过存托人间接行使股东权利。存托凭证持有人并非直接持有境外基础证券，而是依法享有存托凭证代表的境外基础证券权益，并按照存托协议约定，通过存托人行使其权利。存托人应按照存托协议约定，根据存托凭证持有人意愿行使境外基础证券相应权利，办理代为行使表决权、存托凭证分红、派息等业务。

(二) 发行股票与发行CDR的对比分析

考虑因素	发行股票vs发行CDR
法律关系	如上文所述，发行股票与发行CDR的法律关系存在不同，发行CDR相较于直接发行股票的法律结构更为复杂，相对应的，由于存托机构和托管机构的加入，发行人需额外支付一定数额的存托费用。
存量股份的流通、减持	<p>《关于创新试点红筹企业在境内上市相关安排的公告》(中国证券监督管理委员会公告[2020]26号)规定，“尚未境外上市红筹企业申请在境内上市，应在申报前就存量股份减持等涉及用汇的事项形成方案，报中国证监会，由中国证监会征求相关主管部门意见”，为红筹企业的存量股份减持提供了可行路径。</p> <p>整体而言，除法律关系的差异外，不存在明确区别与差异。</p> <p>(1) 发行股票情况下，存量股份可以选择在境内证券登记结算机构，即中登公司进行登记，在用汇方案通过审批的情况下，未来可以在境内流通；</p> <p>(2) 发行CDR情况下，在首次发行CDR并上市时，老股东有权选择在上市前是否将其持有的存量基础股份转换为存托凭证并在中登公司进行登记，在用汇方案通过审批的情况下，可以实现在境内资本市场流通。</p>

考虑因素	发行股票vs发行CDR
	<p>注:我们认为,结合目前经验,对于存量股份(或对应CDR)是否选择登记在境内并实现流通,股东只有在申报时的一次性选择权。</p>
<p>VIE架构的审核</p>	<p>存在协议控制架构(VIE架构)的红筹企业直接发股与发行CDR采取不同的处理方式:</p> <p>(1) 发行股票的,中国证监会受理相关申请后,将征求红筹企业境内实体实际从事业务的国务院行业主管部门和国家发展改革委、商务部意见,依法依规处理;</p> <p>(2) 发行存托凭证的,应于首次公开发行时,在招股说明书等公开发行文件显著位置充分、详细披露相关情况,特别是风险、公司治理等信息,以及依法落实保护投资者合法权益规定的各项措施。</p>
<p>海外上市及存量股份在境外的流通</p>	<p>根据目前的法律法规,两种情况下公司未来均可以再在海外上市,但就存量股份在海外的流通性取决于在境内的登记情况:</p> <p>(1) 存量股份(或对应CDR)全部登记在境内,则在境内可以流通,在境外不能流通;</p> <p>(2) 存量股份(或对应CDR)全部保留在境外,则在境内不能流通,在境外可以流通;</p> <p>(3) 部分登记在境内、部分登记在境外,理论上境内登记部分可以在境内流通,不能在境外流通;境外登记部分不能在境内流通,可以在境外流通。</p> <p>注:目前尚未有部分登记在境内、部分登记在境外的市场案例,如拟采取该等流通方案,需要与监管机构提前沟通方案的可行性。</p>
<p>公司治理</p>	<p>不存在明确区别与差异。总体的原则均为:股权结构、公司治理、运行规范等事项适用境外注册地公司法等法律法规的,其投资者权益保护水平,包括资产收益、参与重大决策、剩余财产分配等权益,总体上应不低于境内法律法规规定的要求,并保障境内存托凭证持有人实际享有的权益与境外基础证券持有人的权益相当。</p> <p>具体操作层面,建议发行人在上市前比照境内上市公司的适用规则视情况补充制定相关治理规范。</p>
<p>申报文件</p>	<p>在申报文件方面,红筹企业申请发行CDR需要遵循的格式准则更多,需要申报的文件数量也更多。即发行CDR的红筹企业除需分别满足《41号准则》《42号准则》《28号准则》《29号准则》的要求外,还需参照《40号准则》《23号准则》的相关要求。但是,实践操作中直接发行股票的红筹企业项目(如华润微电子、中芯国际等),亦存在申报文件部分参考并遵循《23号准则》及《40号准则》的情况。</p>

考虑因素

发行股票vs发行CDR

募集资金的外汇操作路径

两者没有差异,均参照《存托凭证跨境资金管理办法(试行)》的规定。发行人发行股票或CDR所得募集资金需要存放在境内开立的人民币募集资金专户(可以是NRA账户),募集资金在境内使用需要履行关于外商投资相关借款或者增资的手续。

根据上面的对比分析,除涉及到VIE架构有不同的审核要求外,红筹企业直接在A股发行股票或发行CDR上市在存量股份的流通及减持、海外上市及存量股份在海外的流通、公司治理、申报文件、募集资金的外汇操作路径等问题上不存在本质区别。

第三部分\ 协议控制架构(VIE架构)相关问题

VIE (Variable Interest Entities), 也称为“协议控制”, 即不通过股权控制实际运营公司而通过签订各种协议的方式实现对实际运营公司的控制及财务的合并。中国最早的VIE架构是新浪公司在美国上市时采用的, 主要是用来规避国内监管部门对外资准入电信领域的限制, 后来逐步推广到相关的外资禁止或者限制类的行业领域, 成为红筹企业境外融资及上市的经典架构。在九号公司成功上市之前, 市场普遍对于国内监管部门在境内上市过程中是否真正接

受VIE架构存有疑虑。

2020年4月30日, 中国证监会发布《关于创新试点红筹企业在境内上市相关安排的公告》, 其中第二条规定, 存在协议控制架构(即VIE架构)的红筹企业申请发行股票, 中国证监会受理相关申请后, 将征求红筹企业境内实体实际从事业务的国务院行业主管部门和国家发展改革委、商务部意见, 依法依规处理。

根据我们的经验以及进一步了解相关监管政策, 上述征求相关部门意见的要求仅适用于VIE架构的红筹企业发行股票的情形, 红筹企业发行CDR的情形暂不适用。九号有限公司在发行CDR的上市审核过程中未被要求征求国务院行业主管部门以及国家发改委、商务部的意见。因此红筹企业如果存在VIE架构的, 在现行监管政策下, 我们建议其采取发行CDR的方式在境内上市。

此外, 针对存在VIE架构的红筹企业, 在审核过程中监管部门亦会对VIE架构予以一定关注, 具体包括: (1) 红筹企业采用VIE架构的原因、必要性及合理性; (2) VIE架构的持续运行情

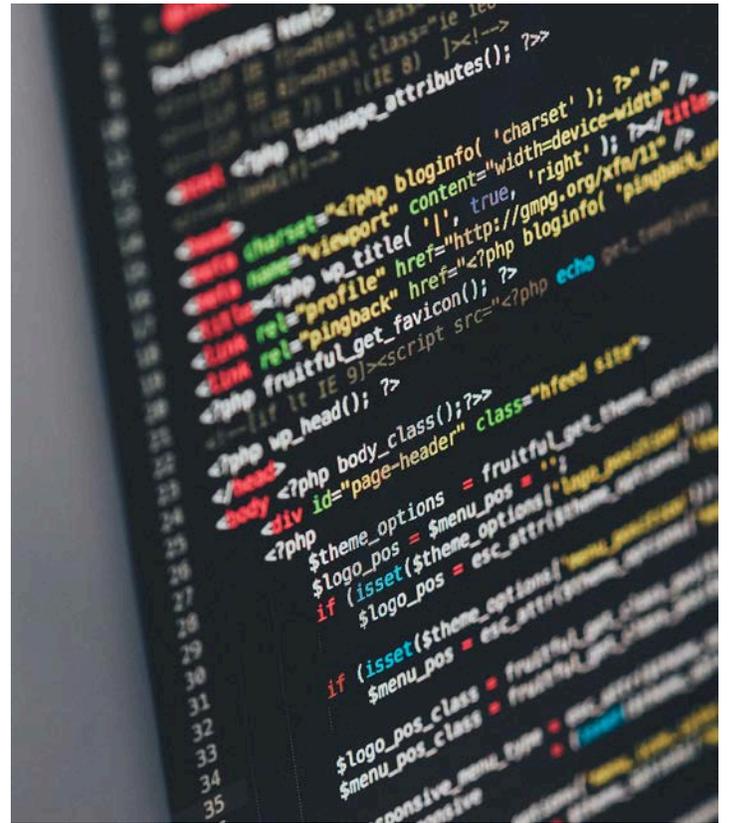
况及稳定性；(3) VIE架构对红筹企业业务经营、财务状况、公司治理及投资者合法权益的具体影响；(4) 报告期内VIE协议的执行情况等等。

为加强对境内投资者合法权益的保护，存在VIE架构的红筹企业需要在招股说明书等申报文件中充分披露VIE架构存在的相关风险及公司治理信息，并且需依法落实保护投资者合法权益的各项措施，包括但不限于：(1) 比照境内上市公司的适用规则视情况补充制定相关公司治理规范、信息披露制度、分红制度等；(2) 由发行人及其境内子公司（包括股权控制及协议架构控制主体）出具书面承诺，如出现侵害投资者利益的情形，各方应共同作为赔偿主体，并接受中国法院针对证券相关诉讼的管辖和执行；(3) 相关承诺主体就规范募集资金使用、约束措施等事项出具专项承诺等等。

整体而言，伴随九号有限公司的成功上市，在符合监管政策的前提下，笔者认为VIE架构并不会构成红筹企业发行CDR并上市的实质性法律障碍。

第四部分\ 上市前存量股份的流通、减持问题

根据中国证监会于2020年4月公布的《关于创新试点红筹企业在境内上市相关安排的公



告》([2020]26号)，针对尚未境外上市的红筹企业申请在境内上市时的存量股份流通、减持问题，要求该类红筹企业在申报前就存量股份减持等涉及用汇的事项形成方案，报中国证监会，由中国证监会征求相关主管部门意见。即，就未上市红筹企业在境内上市前的存量股份的流通、减持问题，在规则层面明确了一事一议的原则。结合笔者团队的项目经验，前述“相关主管部门”主要系指外汇管理相关政府部门。

此外，根据《试点创新企业境内发行股票或存托凭证并上市监管工作实施办法》第二十一条的规定，试点红筹企业发行股票或存托凭证的，境外存量股票在境内减持退出的要求如下：(一)

试点红筹企业不得在境内公开发行的同时出售存量股份,或同时出售以发行在外存量基础股票对应的存托凭证。(二)试点红筹企业境内上市后,境内发行的存托凭证与境外发行的存量基础股票原则上暂不安排相互转换。**结合项目经验,笔者认为在目前的审核实践下,红筹企业在境内上市前的存量股份或其对应的存托凭证,仅在上市时享有是否在境内流通的一次性选择权利,在上市后不再享有该等选择权利。**

下述典型项目中,发行人均为尚未在境外上市的红筹企业,均根据规定向证监会报送了上市前存量股份/存托凭证的流通和减持方案。

(1) 九号有限公司(689009.SH)——公开发行存托凭证并上市

根据九号有限公司的《公开发行存托凭证招股说明书》,本次发行方案中包含发行前股东的境外基础股份全部转换为CDR的相关安排。

根据九号有限公司披露的发行人股东减持有汇方案,发行人股东中**境内自然人持股平台、境内股权基金境外投资实体股东**均承诺将减持存量股份及对应存托凭证的所得资金在符合法律规定的前提下**全部留存境内使用**;公司股东中存在实际外汇需求的**美元基金股东**承诺将严格遵守其作出的存量股份及对应存托凭证的减持承诺,严格遵守中国外汇管理相关规定的要求,并有序办理存量股份及对应存托凭证**减持购汇**

汇出等外汇业务。

目前,九号有限公司已在上海证券交易所挂牌上市,招股书披露其用汇方案在获得证监会注册通过前已取得国家外汇管理局的批复同意。

(2) 格科微(GalaxyCore Inc.)——首次公开发行股票并上市

根据格科微有限公司披露的《首次公开发行人民币普通股(A股)股票并在科创板上市申请文件的审核问询函的回复》,本次发行前的全部存量股份将安排在中登公司上海分公司统一登记和存管;发行人已按照《关于创新试点红筹企业在境内上市相关安排的公告》的要求,在申报前就存量股份减持等涉及用汇的事项形成方案,并于2020年6月报中国证监会,并由中国证监会征求相关主管部门意见。

目前,格科微有限公司已披露二轮问询回复,尚不涉及披露其存量股份减持等涉及用汇方案的具体内容及进度更新。

虽然目前可参考案例有限,但是**无论是发行股票或是发行存托凭证的红筹企业,监管部门在立法层面及审核实践中均就发行前股东所持有的存量股份给予了境内流通及有序减持的可行路径**,这对于尚未在境外证券市场实现上市的红筹企业而言,无疑是一大利好消息。

根据上面的分析,对于拟在境内实现流通减持的发行前股东而言,首先其需书面明确选择将

持有的证券(无论是股票或是存托凭证)在境内实现上市流通并将其持有证券登记和存管在境内证券登记结算机构,即中登公司;其次,发行前股东需遵守并落实发行人经国家外汇管理局同意的存量股份(或相应存托凭证)减持用汇方案;此外,发行前股东需比照境内公司股东的减持规则作出并遵守老股(或相应存托凭证)的限售及减持承诺。前述方案建议在招股说明书重大事项提示部分进行披露和说明。

第五部分\ 募集资金的使用问题

根据《国务院办公厅转发证监会关于开展创新企业境内发行股票或存托凭证试点若干意见的通知》(国办发[2018]21号),试点企业境内发行股票或存托凭证试点募集的资金可以人民币形式或购汇汇出境外,也可留存境内使用。即,从规则层面,募集资金可以选择汇出境外或留存境内使用。

2019年5月,中国人民银行、国家外汇管理局公布《存托凭证跨境资金管理办法(试行)》((2019)第8号),就境内发行存托凭证的红筹企业对募集资金的使用做了进一步规定:已办理登记的境外发行人,如需将募集资金汇出境外,应持业务登记凭证到开户行办理相关资金汇出手

续;如将募集资金留存境内使用,应符合现行直接投资、全口径跨境融资等管理规定。同时,亦明确规定境外发行人在境内发行股票所涉的登记、账户、资金收付及汇兑等,参照适用该办法。

截至本文发布之日,除笔者团队承办的上述案例外,另已有红筹企业华润微电子(688396.SH)、中芯国际(688981.SH)实现在科创板的发行上市、吉利汽车已获科创板上市委审议通过。根据华润微电子(688396.SH)、中芯国际(688981.SH)、吉利汽车、九号公司(689009.SH)、格科微的招股说明书或反馈回复,其首次公开发行募集的资金均全部留存境内使用,具体而言,该等发行人均通过向境内子公司增资或提供股东借款的方式将募集资金用于境内募投项目,并相应办理外商投资和外汇相关手续。

实际操作中,境外发行人应在境内商业银行开立募集资金专用账户,在发行人办理完成向境内子公司增资或股东借款的外汇变更登记及其他相关主管部门的变更登记手续后,募集资金可实现全部留存境内使用。具体如下:

(1) 向境内子公司增资

发行人以募集资金向境内子公司增资的,需向工商行政管理部门申请办理变更登记(备案)手续,于办理变更登记(备案)时通过企业登记系统向商务部门提交变更报告。同时,被投资的境



内子公司应向主管外汇管理部门就增资事宜申请办理资本项目项下的外汇业务登记。境内子公司在用增资的资金时,应当遵守外汇管理部门关于境内机构使用资本项目外汇收入的相关规定。

(2) 向境内子公司提供股东借款

发行人以募集资金向境内子公司提供股东借款的,企业应当遵守跨境融资风险加权余额上限的限制,并应当向国家外汇管理部门申请

办理备案。

在现行的外商投资、外汇管理框架下,境外发行人依法通过向境内子公司增资或提供贷款的方式将募集资金用于境内项目不存在障碍。此外,虽然从规则层面允许募集资金汇出境外使用,但截至目前,尚未有任何可查案例沟通并选择以境外实体作为募投项目的实施主体,募集资金出境使用尚有待实践案例进一步验证其可行性。

第六部分\ 股票期权计划的行权落地问题

红筹企业——尤其是以技术、创新、人才为核心竞争力的高新技术产业内的红筹企业，往往会预留一定比例的股权或期权（即我们通常说的ESOP, Employee Stock Ownership Plans）以实现员工激励。由于实践中《国家外汇管理局关于境内居民通过特殊目的公司境外投融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》（汇发[2014]37号，“37号文”）仅允许境内个人以股权出资并不允许资金跨境出资，且实践中大规模办理37号文出境持股存在一定难度，因此如若红筹企业在上市前的员工激励计划对境内员工的激励范围较大、人数较多，则多以预留期权的形式授予实施，无法直接实现大规模现金出境并行权落地为股权持股。

此前，如红筹企业在境外上市，则其股票期权计划的激励对象可根据《国家外汇管理局关于境内个人参与境外上市公司股权激励计划外汇管理有关问题的通知》（汇发[2012]7号，“7号文”）的规定集中委托境内代理机构统一办理外汇登记及相关资金划转事项，从而实现期权落地行权。但是，由于7号文的适用范围“‘境外上市公司’是指在境外（含港、澳、台）证券交易场所上市的公司”，因此在境内交易所上市的红筹

企业并无法直接适用7号文的规定办理期权行权事项。

就上市审核本身而言，目前无论是主板、科创板、创业板均已在审核问答规则层面明确允许发行人存在员工持股计划及期权激励计划，因此即使拟上市红筹企业期权激励计划无法在上市前行权落地为员工持股，亦不会构成上市审核中的实质性障碍。当然，期权激励计划的审核标准、信息披露要求有别于员工持股计划，但由于该等审核规则并非红筹企业特有的问题，因此不在本文赘述。

根据红筹企业科创板上市项目九号公司（689009.SH）、格科微的公开披露文件，发行人均在历史上实施过较大规模的期权激励计划，且该等期权激励计划均将部分于上市后实施。其中，九号公司（689009.SH）已在上海证券交易所挂牌上市，九号公司仅有少部分高级管理人员在上市前以37号文的形式在发行人层面实现持股，大部分员工在上市时持有发行人期权且该等期权计划将在上市后实施。

虽然红筹企业境内上市后期权行权目前并无直接适用的外管规定，其具体行权安排仍有待监管部门进一步厘清指导，但由于7号文已经为境外上市公司的境内员工期权落地规定了监管思路和实践路径，笔者认为对红筹企业境内上市的类似处理具有一定的借鉴意义并期待相

关后续规则的出台。

第七部分\ 红筹企业相关股东权益保护的 法律分析

在境外设立的红筹企业,因其注册地在境外,其注册所在地的公司法与境内的公司法往往存在明显的差异,因此境内上市相关监管规则要求其在投资者权益保护水平,包括资产收益、参与重大决策、剩余财产分配等权益,总体上应不低于境内法律法规规定的要求,并保障境内股东或存托凭证持有人实际享有的权益与境外持股股东或基础证券持有人的权益相当。因此,相关红筹企业需要采取相关措施以保护存托凭证持有人的利益,例如参照上市规则、《上市公司章程指引》等要求,修订《公司章程》并制定《股东大会议事规则》《董事会议事规则》《独立董事工作制度》《董事会秘书工作制度》《对外担保管理制度》《对外投资管理制度》《关联交易管理制度》、董事会各专门委员会议事规则等相关治理制度。

此外,红筹企业及相关当事方也会从各自角度出具承诺,以保障发行人关于其投资者权益保护水平(包括资产收益、参与重大决策、剩余财产分配等权益)总体上不低于境内法律法

规规定的要求。进一步,考虑到红筹企业很多运营通过境内子公司实际开展,故一般也会要求红筹企业的全部境内子公司针对红筹企业在招股说明书中存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏致使投资者遭受损失等情形承诺承担连带赔偿责任,并承诺采取措施进一步保障境内相关证券诉讼的法院判决可以得到强制执行。

红筹企业的公众股东在其合法权益受到损害时,可以依据《证券法》《民事诉讼法》《涉外民事关系法律适用法》等法律的相关规定,在有管辖权的中国法院提起民事诉讼,可以申请有管辖权的中国法院对红筹企业的境内资产采取保全措施,也可以申请由管辖权的中国法院执行红筹企业境内的资产。

第八部分\ 红筹企业境内上市税务合规问题 及法律分析

税务合规问题是所有IPO项目都会被重点关注的问题,红筹企业也不例外。由于红筹企业注册地在境外,因此在常规税务合规问题的基础上,IPO审核部门还会重点关注红筹企业特有的一些税务合规问题。根据我们的经验,一般关注的问题包括:红筹企业税收居民身份认定的问题;红筹企业历史上股权变动情形所涉及的

非居民企业间接转让财产企业所得税、个人所得税等相关税务问题;境外红筹架构(包括VIE架构)搭建过程中的税务问题;VIE架构下企业间交易安排的税务合规问题;境内子公司税收优惠的合规性及可持续性;不同法域子公司的税收合规性;发行人历次股权激励的纳税合规性等,限于篇幅原因,我们就不在此展开介绍了。

就上文提及的税务问题,虽然涉及主体较多,但监管部门的核心关注点仍在于发行人自身及发行人控股股东、实际控制人及其控制的相关企业、发行人董监高是否存在税收违规的风险;如存在相关税务风险,该等风险是否会导致发行人无法满足发行条件。

九号公司成功登陆科创板对吸引红筹企业在境内资本市场发行CDR具有显著的示范效应,为中国未来全面推出境外企业通过发行CDR在境内上市的制度也做了有益的探索和经验积累。同时,我们相信,伴随着红筹企业的不断回归,境内监管部门的配套政策将进一步落地、完善;同时红筹公司在中国境内发行股票或者CDR,也为未来外国知名企业在中国资本市场上市融资开辟了渠道和积累了经验,中国的资本市场逐步与国际接轨指日可待。☞



郭克军
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2082
guokejun@zhonglun.com



姚启明
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2433
yaoqiming@zhonglun.com

上市公司股票期权 在家庭财富中的分割规则

作者：贾明军、袁芳、秦卓瑜



随着经济的发展和就业的多元化,人们获得报酬的方式也越来越多样化。在现实生活中,公司为了激励员工与公司一同成长,常常会设立员工激励制度,给予员工股权或者期权奖励,其中,上市公司的股票期权激励机制是目前十分常见的一种方式。

今年刚刚通过的《民法典》第一千零六十二条是关于夫妻共同财产的规定,在现行《婚姻法》的基础上,增加了“劳务报酬”“投资的收益”这两项,进一步扩大和明确了夫妻共同财产的范围。

本文旨在《民法典》出台背景下,讨论上市公司股票期权在家庭财富中的财产性质,并分析其在离婚和继承时的分割规则。

第一部分 \

股票期权的概念和特点

在讨论上市公司股票期权的财产性质以及在离婚、继承中的分割规则之前,我们首先要明确,什么是股票期权,以及股票期权具有哪些特点。

1. 什么是股票期权?

期权是一种能在未来特定时间以特定价格买进或卖出一定数量的特定资产的权利。股票期权作为企业管理中的一种激励手段,最早产生于19世纪50年代的美国。据研究,20世纪50年代美国企业的员工需要缴纳高额的个人所得税,对于大公司的高收入员工来说,是一笔不小的税负。为了避免当时高额的个人所得税对公

司经理人员薪酬的侵蚀,影响员工的工作积极性,美国辉瑞制药公司率先于1952年推出了世界上第一个股票期权激励计划。¹从此,股票期权便开始流行开来。

而我国最早有关经营者股票期权激励的实践见于1993年深圳万科的“职员股份计划”。²1999年10月,中国证监会前主席周正庆发表关于“在高科技上市公司中可以试行股票认股权”的讲话,成为官方推动股票期权制度建设的标志。2005年中国证监会颁布的《上市公司股权激励管理办法》(试行),这标志着股份期权制度正式在我国建立。2006年《公司法》《证券法》修订,规定公司可以回购本公司的股票用于奖励职工

1. 张佩钰:《我国股票期权激励制度的法律问题研究》,载《法学杂志》2012年第2期,第142页。
2. 毕芳:《股权激励计划:机制、问题与对策》,载《技术经济与管理研究》2006年第5期,第106页。根据该文,万科在1993年就聘请香港专业律师协助起草并制定严密规范的《职员股份计划规则》,计划为期九年(1993-2001),分三个阶段实施。由于历史原因,该计划仅实施第一阶段后便停止了。

和高管人员,而其所持有的股票在任职期间可以按规定的条件出让。至此,股票期权制度在我国正式确立。

对于股票期权的官方定义,《上市公司股权激励管理办法》中有明确的定义,第28条规定:股票期权是指上市公司授予激励对象在未来一定期限内以预先确定的条件购买本公司一定数量股份的权利,激励对象获授的股票期权不得转让、用于担保或偿还债务。

2. 股票期权的特点³

从上述股票期权的定义和司法实践中的分析来看,股票期权具有以下特点:

(1) 期权具有人身属性

授予股票期权是一种针对企业员工的特定激励行为,授予的对象一般具有严格限制。受激励的员工往往需要在工作岗位上投入大量的时间和精力,为企业的发展做出贡献,公司授予的股票期权是对特定员工的激励,具有明显的人身属性。

《上市公司股权激励管理办法》第28条亦明文规定:激励对象获授的股票期权不得转让、用于担保或偿还债务。

(2) 期权是附条件的契约权利

员工获得股票期权激励仅仅是获得了持有股票的可能性,仅是一种“持股资格”,而非实际

持有。只有达到合同约定条件后方能行权,转成实实在在的股票。而行权的条件通常是和员工的服务年限、业绩的考核、经营目标、股票价值的上升等情况挂钩,是企业经过精密计算之后的结果。这些行权条件能够实现,一方面和员工本人的努力相关,另一方面也 and 企业的盈利相关,因此才能达到激励员工的目的。而期权行权无法成就的可能性也是存在的,并非一定能够达成。值得注意的是,几乎所有的股票期权都和员工的服务年限有一定的挂钩。

(3) 期权实现具有不确定性

期权存在不确定性,即使达到行权条件,但授权方基于各种原因不履行约定,导致权利无法实现的可能性也是存在的。同时,员工还有选择的权利。期权是一种双向选择,如果员工认为行权并不“划算”,比如行权时的股票价值在高位,则员工也拥有拒绝行权或暂缓行权的权利。

因此,基于股票期权的上述特点,股票期权在婚姻家庭领域的性质为何、离婚时如何分割、继承时有无特殊规则,具有特别研究的意义。股票期权本身并非是一种可分割的有形财产,离婚或继承的当事人即使知悉股票期权的存在,如果不了解其性质和分割规则,往往是“可望不可及”,给维权带来难度。

3. 关于期权的特点,本所张根旺律师团队也写过文章,参见张根旺、李旭:《期权争议请求权的选择》,载“中伦视界”2020年10月13日。

第二部分 \

股票期权在家庭财富中的财产性质

我国目前的《婚姻法》第17条并未以明文方式将股票期权规定为夫妻共同财产的类型之一，那么，股票期权是否属于夫妻共同财产呢？这首先要从股票期权的性质说起。

1. 法理分析：股票期权符合共同财产的本质

股票期权具有人身依赖性和人身专属性，且人身性与收益的不确定性紧密联系。受激励员工从获得股票期权，到行权后获得股票这一实际的财产性收益，往往需要在工作中投入大量的时间和精力，为企业发展做出贡献，这也是企业实施股权激励的初衷。在这一过程中，在受激励的员工一方为企业发展辛勤工作的同时，其配偶往往也需要牺牲自己的时间或工作机会，为双方的家庭付出更多，为辛勤工作的一方提供背后支持。也就是说，受激励员工为企业所做出的贡献事实上也离不开配偶一方的付出。这便是法定夫妻财产共同所有制的内在本质，也即，对于夫或妻一方创造出的物质价值，乃至社会效益，夫妻中的双方都有不同程度的贡献。

有学者指出，夫妻一方负担大部分或全部的家务而另一方接受教育、培训或专心工作，却在毕业、获得学位或事业有成之时提出离婚的，

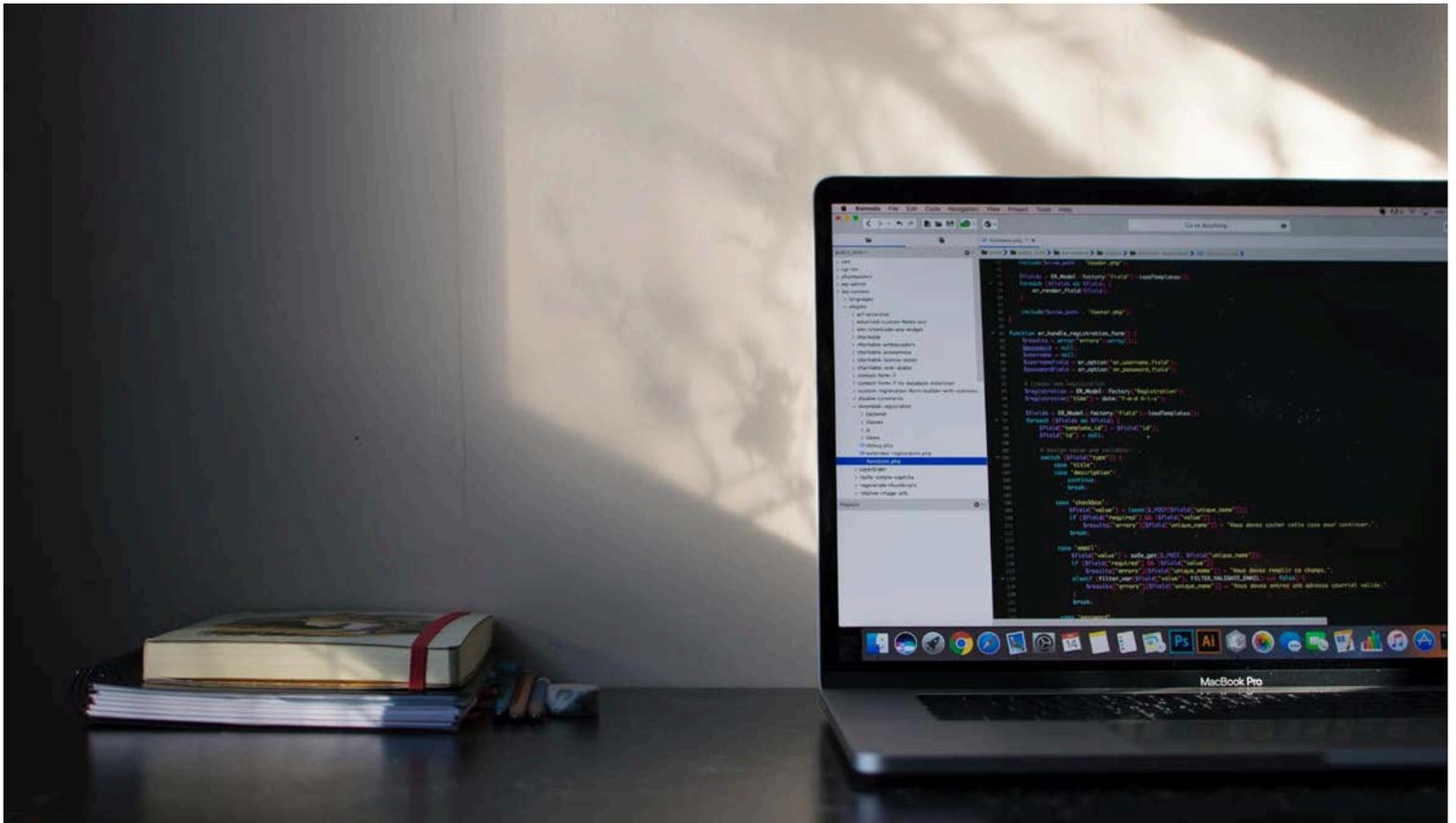
付出较少家务劳动的一方的所得虽然并未转化为实在的有形财产，但是已经转化为获得更高收入的能力、机会或资格。⁴应该说，股票期权就是一个比较典型的例子，体现了法定夫妻财产共同所有制的内在本质：对于夫妻一方行权后取得股票期权的收益，实际上是离不开配偶一方的支持和付出，双方均有贡献。

2. 法条分析：股票期权属于劳务报酬

我国现行《婚姻法》制订于1980年，仅在2001年修订过一次，股票期权这一财产形式在当时尚未普及，因而，现行《婚姻法》第17条对夫妻共同财产类型的列举式规定中，并未明确规定股票期权属于夫妻共同财产的一种类型。在下文所列举的三个法院典型判例中，法院虽然认定股票期权属于财产性权益或夫妻共同财产，但是并未就股票期权属于哪一种夫妻共同财产类型进行明确，因而导致说理在一定程度上存在模糊。

相关行政部门的规定可以为股票期权在夫妻财产类型中的分类提供参考。《财政部、国家税务总局关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》在第二条中规定，员工行权时，其从企业取得股票的实际购买价(施权价)低于

4. 高留志：《家务补偿制度的立法完善》，载《河北法学》2004年第2期，第48页；康娜：《我国离婚财产分割规则之法经济学反思》，载《社会科学家》2009年第6期，第72页。



购买日公平市场价(指该股票当日的收盘价)的差额,是因员工在企业的表现和业绩情况而取得的与任职、受雇有关的所得,应按“工资、薪金所得”适用的规定计算缴纳个人所得税。但是,有学者认为,由于股票期权所能带来的实际收益不符合《劳动法》第50条规定的“工资的特征”,因此显然不属于《婚姻法》第17条中规定的“工资、奖金”。⁵

还有学者认为,股票期权可以解释为属于《婚姻法》17条第(二)项规定的“生产、经营的收益”中的“经营收益”。⁶所谓经营,通常是指从事商业活动,经营过程中往往包含了体力和精力

的投入,这与股票期权的特征相符合。股票期权可以为“经营收益”所涵盖。

虽有争议,但《民法典》出台后,在婚姻家庭编第一千零六十二条进行了修订,增加了“劳务报酬”、“投资的收益”这两项夫妻共同财产类型,扩大了夫妻共同财产的范围。笔者认为,这为股票期权在夫妻共同财产类型中的归类进一步提供了法律依据,这一修订顺应了时代的发展和进步,符合目前经济社会中人民日益多元化的财产形式。

5. 范围:《公司股票期权激励争议处理研究》,载《当代法学》2016第2期,第102页。

6. 李展豪、黄丹琳:《离婚后行权的股票期权收益归属及其分割规则探析》,载《研究生法学》2017年第6期,第69页。

3. 法院观点:股票期权属于夫妻共同财产

虽然理论上对于期权到底属于何种形式的夫妻共同财产有争议,但在司法实践中,早从十年前开始,就已经开始出现典型案例,法院认为股票期权属于财产性权益,应当作为夫妻共同财产予以分割。我们试举三例进行说明。

在上海市黄浦区人民法院审理的(2011)黄民一(民)初字第1260号离婚后财产纠纷案件中,法院认为,关于被告在离婚之时所取得的可以行权的股权期权,为双方离婚之时确定可得财产,属于双方的夫妻共同财产,虽然该笔股权的实际收益在双方(离)婚后取得,但仍应作为双方的夫妻共同财产进行分割。

在上海市浦东新区人民法院审理的(2012)浦民一(民)初字第17439号离婚后财产纠纷案件中,争议焦点之一是一方获得的股票期权是否为财产性权益。对此,法院认为,原、被告诉争的股票期权是某公司授予员工在一定时期内按约定的价格购买本公司股票的权利,是一种有财产性权益的债权,虽然,在未行权或注销回购时其价值难以确定,但价值的高低或暂时的不确定性不能否定其财产性权益的属性,因此股票期权及其带来的收益可以作为离婚时夫妻共同财产分割的标的。

在浙江省玉环县人民法院审理的(2016)浙1021民初3650号离婚后财产纠纷案件中,法院

认为,被告系苏泊尔股份有限公司职工,该公司分别于2006年和2012年授予被告股票期权300000股和30000股,已于婚姻关系存续期间进入被告股票账户,应当属于夫妻共同财产,该股票是否被限制转让,不影响共同财产的性质。

第三部分 股票期权在离婚时的分割

股票期权属于财产性权益,可在离婚时予以分割。但股票期权往往与股票期权授予对象的身份、工作能力、工作年限、工作业绩等密切相关,在离婚分割时,首先要判断股票期权属于夫妻共同财产还是个人财产,然后才能根据不同的情形来分割。



一般来说,司法实践中的股票期权根据婚姻存续时间的不同,主要有以下几种情形,笔者总结的倾向性意见如下:

不同情形	倾向性意见 ⁷
婚前获得、婚前行权	已行权部分属于婚前个人财产
婚前获得、婚内行权	有争议,有法院认为是个人财产
婚内获得、婚内行权	属于夫妻共同财产

7. 笔者经过案例检索发现,司法实践中对于股票期权在离婚时的分割并未形成完全统一的裁判规则,上述图表中总结的裁判规则仅为倾向性意见,可能存在相反的判例。

不同情形	倾向性意见
婚内获得、离婚后行权	可根据实际行权条件计算共同财产比例
离婚后获得	属于个人财产

1. 婚前行权, 属于婚前个人财产

在浙江省杭州市西湖区人民法院审理的(2015)杭西民初字第2460号离婚纠纷案件中, 法院查明: 2006年2月7日开始, 阿里巴巴集团控股有限公司分每个月归属1/48股, 分四年归属, 共给予被告阿里巴巴集团控股有限公司的股票期权共1600股, 双方结婚登记时被告已取得公司股票期权1100股。2011年10月31日, 该公司收回560股, 至2014年9月该公司上市时, 被告持有该公司股票计1040股, 此后, 被告减持416股, 现被告持有阿里巴巴集团控股有限公司股票624股。法院认为: 阿里巴巴集团在股票归属后并由员工缴纳相关税款后, 员工即取得阿里巴巴集团股票, 因此, 此笔财产是否认定为夫妻共同财产的起算点应为归属取得日期, 故涉案的被告在双方结婚登记前归属取得的阿里巴巴集团公司的股票1100股应认定为被告的个人财产。

从上述案例可以看出, 法院认为股票的归属取得日期是判断是否属于夫妻共同财产的重要证据, 如果是在结婚前即已经行权取得股票, 则法院倾向于认为该股票属于个人财产。

2. 婚前获得、婚内行权, 可能被认定为个人财产

在江苏省南京市鼓楼区人民法院审理的(2015)鼓民初字第1348号离婚纠纷案件中, 原、被告于2007年12月28日登记结婚, 2015年起诉至法院要求离婚。其中涉及到期权的分割。根据法院查明: 被告2001年8月10日获得的公司股票期权2010年的出售款为131772.12元、2003年4月10日获得的公司股票期权2012年的出售款为14031.15元、2004年8月23日获得的公司股票期权2013年的出售款为124263.29元、2005年9月29日获得的公司股票期权2014年的出售款为77952.89元、2006年9月21日获得的公司股票期权2015年的出售款为89137.59元、2009年获得的公司股票期权2009年的出售款为5330.07元, 总款为442487.1元(税前)。(注: 本案中法院只查明了获得股票期权的时间和出售股票的时间。)法院认为: 关于被告的股票期权出售款, 2009年取得的期权系婚后获得, 出售款5330.07元属于夫妻共同财产; 而被告其他婚前获得的股票期权其实质是一种受益权即享受期权项下的股票因价格上涨而带来的利益的权利, 而并非义务也并非实际拥有这些股票, 婚后被告在公司股票价格高于当时授予期权时的价格时行权获得的利益应属于被告婚前财产, 故扣除25%的税率后的股票期权出售款327867.8元属

于被告个人财产。

在上述案例中，法院认为婚前获得的股票期权在婚后行权获得的利益，应当属于一方的婚前财产，也即个人财产，而非夫妻共同财产。对此，笔者认为，对于夫妻一方在婚前获得的股票期权，如果是在婚内行权，如上文所述，根据我国夫妻共同财产制的原则规定和内在本质，由于股票期权的行权条件通常是以一方的辛勤工作和贡献为要求，往往需要夫妻一方在婚内投入大量的时间和精力，因此应当进一步分析行权条件是否与婚内投入的工作时间和精力相关联。本案中法院并未进一步分析，稍有遗憾。笔者认为，婚前获得但婚内行权的情形，应当根据股票期权的行权条件、行权时间以及结婚时间等具体的事实来认定夫妻共同财产与个人财产之间的比例。

3. 婚内获得、婚内行权，属于夫妻共同财产

而对于在婚内获得的股票期权，法院倾向于认为属于夫妻共同财产。

在北京市朝阳区人民法院审理的(2018)京0105民初81177号继承纠纷案件中，法院查明：刘某与李某原系夫妻关系，育有一女刘某某，刘某某与汪某于2012年11月23日登记结婚，婚后无子女，被继承人刘某某于2018年4月5日去世。2017年5月22日，阿里巴巴公司授予汪某RSU

(限制性股份单位) 1100股，并约定只要汪某是服务提供方，RSU相关股份的25%应于首个行权日期兑现，且RSU相关股份的25%应于首个行权日期每个周年日兑现。2018年5月14日，汪某首次行权275股。截至开庭之日，该股票市值为174.82美元/股，美元对人民币汇率为6.87。法院认为，关于汪某名下阿里巴巴公司股票，其中275股虽然于刘某某去世后行权，但阿里巴巴公司授予汪某股票的时间为2017年5月22日，发生于二人婚姻关系存续期间，应属夫妻共同财产，故应当按照法定继承原则进行分割，汪某继承后支付原告和李某折价款。剩余825股尚未行权，且最终利益是否完全获得与汪某是否在职、工作年限、工作业绩等密切相关，故本院对该剩余部分股票不予处理，原告可待条件成就时另行主张。

在上海市徐汇区人民法院审理的(2015)徐民一(民)初字第4474号离婚后财产纠纷案件中，法院认为，腾讯公司授予被告的“腾讯控股”限制性股票3,500股的时间为双方婚姻关系存续期间，故该3,500股限制性股票为双方原夫妻共同财产。被告认为该股票具有特定的人身性质，为被告的个人财产，因于法无据，本院不予采纳。该股票授予的方式为分批计入被告名下，被告取得相应的股票权益与其是否被腾讯公司所聘用及其他事宜等相关，原告能主张的权益也

仅仅是已计入被告名下的股票数额。

从这两则案例可以看出,如果是婚内获得股票期权或限制性股票,已经行权部分的股票法院认为属于夫妻共同财产。而对于未行权部分的股票,由于是否行权、何时行权具有不确定性,法院一般认为可以待条件成熟后另行主张。

4. 婚内获得、离婚后行权要个案分析

在北京市海淀区人民法院审理的(2016)京0108民初34393号离婚后财产纠纷案件中,双方就刘某二审期间取得的股票期权是否是夫妻共同财产发生争议。对此,本院认为,首先,股票期权是刘某公司作为激励机制而赋予员工有条件地购买本企业股票的资格,是一种期待权,并不具有确定价值的财产性权益。因此,股票期权因其期待权的特性,而不能确定将来是否获得财产权利,及获得财产权利的多少;其次,刘某持有的期权转化为可实际取得财产权益的股票,必须以员工在公司工作时间的积累为前提条件,具有一定的人身特性。刘某要将其期权行权需要考核2012、2013、2014年的业绩,并支付一定的对价;最后,刘某所持有的期权分别三次行权,其中2012年,即婚姻存续期间,因考核不合法而被注销。此后次行权资格审核的是双方离婚后刘某的业绩,且行权的出资亦由刘某婚后个人财产予以支付。综上,刘某现持有的华谊

兄弟传媒股票有限公司的股票不属于夫妻共同财产,高某主张分割上述财产,于法无据,本院不予支持。

在上述案例中,由于行权条件考核的是夫妻一方在离婚后的业绩,并且出资也是来源于个人财产,因此法院最终判定不属于夫妻共同财产。

而在上海市浦东新区人民法院审理的(2012)浦民一(民)初字第17439号离婚后财产纠纷案件中,同样也是涉及到婚内获得、离婚后行权的情形。该案中某公司的股票期权行权条件表明,公司希望被告在行权等待期(股票期权授予日到可行权日)内为公司作出有价值的贡献,但并不以贡献的大小为行权的条件,而仅要求在行权等待期内继续为公司工作,没有也即业绩考核等要求。故法院最终认为,忠诚工作价值中夫妻共同财产的析出应以授权日至婚姻关系存续日在授权日至可行权日中所占的时间比例为依据。第一批忠诚工作价值37,938美元中属原、被告夫妻共同财产部分可酌定为35,159美元,第二批忠诚工作价值30,750美元中属原、被告夫妻共同财产部分可酌定为24,848美元。

由以上案例可以看出,对于婚内获得、但离婚后行权的股票期权,是否属于夫妻共同财产、属于夫妻共同财产的比例是多少,要根据行权条件、出资来源、婚姻存续期间等多个因素,结

合具体的案件情况综合分析。

第四部分 \

股票期权在离婚分割时的实践难点

对于主张股票期权分割的配偶一方来说,论证股票期权的财产属性和可分割性仅仅是第一步,分割股票期权在司法实践中可能还面临着诸多困难。

1. 当事人举证困难

在离婚案件中,如果当事人仅提供某一批股票期权的总数,无法证明配偶个人可获得的期权数额,法院一般不予采信。因此,当事人一方一定要充分举证证明配偶一方可获得的期权数额等信息。

在上海市黄浦区人民法院审理的(2016)沪0101民初12448号离婚纠纷案件中,法院认为,关于华谊嘉信股票期权激励。原告提供了华谊嘉信A股股票期权激励计划(2015年度)授予对象名单,公告日期为2015年12月30日,原告认为根据该计划,华谊嘉信将对包括被告在内的“其他核心岗位员工”462人,合计拟授予股票期权1295.806万份,据此,每人将获得约2.8万股,以每股10元计,被告可获得28万元,应各半分割。



被告认为期权取决于被告的工作表现,尚未发放,不同意分割。法院认为,原告提供的公告名单仅载明合计授予股票期权数,未明确被告个人可获得的期权数额,而且股权激励计划与员工绩效考核相挂钩,公告本身不能证明被告已经获得股权,法院对此不予采信。因此,对于华谊嘉信股票期权,由于原告对此无证据证明已经实际发放以及发放的具体金额,法院无法处理该请求。

2. 境外的股票期权法院可能不处理

实践中,如果被激励的股票期权位于中国境外,则法院有可能不做处理。一方面是由于即使处理也可能无法强制执行,另一方面是由于

境外的财产信息真实性无法核实。这对于要激励方的配偶来说,又增加了一重困难。

在上海市第二中级人民法院审理的(2010)沪二中民一(民)终字第1804号离婚纠纷案件中,法院认为,张甲持有单位授予在美国证券市场交易的期权股票,由于这些股票系境外上市,相关事实无法查明,且秦某未举证证明上述股票

已变现,故对该股票,法院不作处理。

3. 未行权的法院可能不予处理

在笔者检索发现的案例中,有大量情形是由于尚未行权,或者没有证据证明已经实际行权,导致法院在离婚财产分割中并未处理。

审理法院与案号	法院观点
上海市浦东新区人民法院 (2016)沪0115民初14217号	例如:你手中有100股甲股票的认购权证,行权日是8月1日,行权价格是5元,到8月1日这天,你就有资格用5元/股购买该股票100股,如果到了这天,该股的市场价是8元,别人买100股要花800元,而你这天则可以用500元就买100股,假如当初你买入权证时每股权证0.50元,那么你一共花了550元,如果你真买,这个行为就叫行权,但是如果到了这天,该股的市场价是4元,你当然不会用5元/股的价格买,那么你手里的100股认购权证就是废纸。而本案中,被告未有在行权日实际购买股票,即未有行权,故原告主张的股票并不存在,原告要求分割,不予支持。
浙江省杭州市西湖区人民法院 (2014)杭西民初字第1929号	根据原告的申请,法院依法向海康公司调查被告在该公司的收入及持股情况。该公司函复法院:被告作为海康公司员工持有公司股票期权数为16000股,该部分股票为限制性股票,需符合解锁条件才可行权流通。目前被告尚未获得可流通股。法院认为,关于被告持有海康公司的股票,双方对该部分财产属于夫妻共同财产无争议。但根据海康公司的函件内容可以证实,目前被告持有的该部分股票属于限制性股票,尚不符合解锁条件,不能行权流通,故法院对该部分股票暂不处理,原告此后可就股票另行主张权利。
上海市徐汇区人民法院 (2014)徐民一(民)初字第7286号	关于原告持有的微软公司的员工股,虽然被告提供证据证明了原告持有股票的总份额,但根据原告提供的《股票相关流程》看,该公司股票操作存在特殊性,仅55%的股票可以自由操作,另45%的股票需要纳税,且抛售股票后的资金需要3-5个月才能到原告的中国账户,而目前在案证据无法确定原告目前的股票余额及实际获得的资金余额,故本案不予处理,被告可以在原告股票份额及资金确定后另行主张权利。

审理法院与案号	法院观点
上海市第二中级人民法院 (2012)沪二中民一(民)终字第 696号	关于瞿某某要求分割的姚甲名下好耶信息技术有限公司期权,因瞿某某未能提供证据证实姚甲就上述期权进行行权,故法院对瞿某某的该项主张不予支持。
北京市朝阳区人民法院 (2012)朝民初字第04632号	原告要求分割被告名下期权,鉴于期权具有不确定性,仅凭持有期权不能确认此系双方实有财产,故对于原告的主张本院不予支持,原告可于被告实际行权后另行提起请求。

从上述案例中可以看出,对于未行权部分的股票期权以及没有证据证明已经实际行权的股票期权,法院往往不予处理。笔者认为,受激励员工的配偶作为弱势一方,对于受激励员工一方何时行权、是否行权很难知晓,这就给受激励员工的配偶维护自己的合法权益带来了难度,同时,也给某些当事人恶意逃避、拖延夫妻共同财产分割留下了一定的空间。

4. 股票期权通常为折价分割

在司法实践中,由于股票期权具有人身属性,一般法院不支持直接分割股票,而是通常采取折价分割的方式。

在河北省迁西县人民法院审理的(2018)冀0227民初617号离婚后财产纠纷案件中,法院认为,被告侯某在与原告李某1婚姻关系存续期间即2009年12月获得的中国东方集团授予的购股权共130000股,其性质为股票期权,属于夫妻共

同财产。因股票期权具有人身性,由公司授予特定范围内员工,对原告要求分割被告获得股权期权130000股中78000股的诉讼请求不予支持。被告应按照取得股票期权的实际收益款,向原告支付相应价款。综合考虑婚姻关系存续期间双方对于股票期权及权益取得的贡献程度、股票期权收益获得的不确定性的风险承担等因素,确认原告可分得130000股的股票期权收益款55000元。

在上海市徐汇区人民法院审理的(2013)徐民一(民)初字第3657号离婚纠纷案件中,法院认为,目前腾讯科技(上海)有限公司授予原告的1,171股腾讯控股限制性股票,已可以按现时股价行权,该部分财产应当予以分割,鉴于原告以腾讯科技(上海)有限公司员工身份取得上述股权,本院无法对上述股权份额予以分割,故本院参考腾讯控股现行市值,判令原告一次性支付被告股权折价款20万元。

在上海市徐汇区人民法院审理的(2015)徐民一(民)初字第4474号离婚后财产纠纷案件中,法院认为,考虑到被告是以腾讯公司的员工身份取得上述股权,故上述股权可归被告所有,被告应给付原告相应的折价款。因双方就港币对人民币汇率数额未能达成一致意见,被告给付原告折价款可以港元结算。具体分割由本院根据双方对取得上述股权的贡献大小酌情判定。

5. 受激励一方酌情予以多分

由于股票期权是企业激励员工的一种手段,因此,在司法实践中,法院通常在考虑双方贡献的基础上,对受激励员工一方酌情予以多分。

在上海市第一中级人民法院审理的(2015)沪一中民一(民)终字第624号离婚后财产纠纷案件中,陶某某拥有某公司3500股激励股权,其中462股属于婚内夫妻共同财产。双方一直同意按照124.5元计算股票价值。一审法院判决按照50%的比例分割,而二审法院认为:因陶某某与公司之间的聘用关系尚在继续中,且最终利益可以完全获得尚有赖于其之后的辛勤劳作,虽双方当事人婚姻关系解体于2014年4月,但对该部分利益的分割应考虑各自的贡献程度,原审法院依平均分割的原则处理该部分财产内容确有不当之处。最终,法院判决陶某某给付余某某B有限公司股权折价款17,255.70元,也就是

按照30%的比例进行分割。

在上海市虹口区人民法院审理的(2015)虹民一(民)初字第3893号离婚纠纷案件中,原告自2001年3月入职上海携程商务有限公司,2010年1月,原告因工作满八年获得公司股票期权奖励,原告名下在美国美林证券账户内在2013年6月28日净资产价值10,510.79美元,后出售。最终,法院认为,原告获得的公司股票期权奖励,系婚姻关系存续期间取得,考虑股票期权奖励的来源、取得的条件,酌情予以分割。原告给付被告分割款人民币6,000元。根据2013年的汇率换算,相当于按照10%的比例进行分割。

在河北省迁西县人民法院审理的(2018)冀0227民初617号离婚后财产纠纷案件中,被告侯某系河北津西钢铁集团股份有限公司员工,于2009年12月获得中国东方集团授予的购股权共130000股,2018年1月31日被告获得该期股权收益款176852.12元。法院认为,被告侯某在与原告李某1婚姻关系存续期间即2009年12月获得的中国东方集团授予的购股权共130000股,其性质为股票期权,属于夫妻共同财产。被告应按照取得股票期权的实际收益款,向原告支付相应价款。综合考虑婚姻关系存续期间双方对于股票期权及权益取得的贡献程度、股票期权收益获得的不确定性的风险承担等因素,确认原告可分得130000股的股票期权收益款55000

元,也就是相当于按照30%左右的比例进行分割。

6. 无正当理由放弃行权可主张赔偿

在上海市浦东新区人民法院审理的(2012)浦民一(民)初字第17439号离婚后财产纠纷案件中,法院认为,在离婚判决已明确认定第一、二批股票期权的情况下,被告未经原告同意,将取得的股票期权以“个人原因”申请全部撤销,是故意损害原告利益的行为,对此,被告有过错,故无论某公司作出何种“依规处理”,被告均应赔偿原告的损失。

可见,在实践中一方想以放弃行权的方式来逃避夫妻共同财产的份额是不现实的。如果无正当理由放弃行权,则配偶一方可主张损害赔偿。

第五部分 \n 股票期权的继承规则

除了离婚分割,股票期权的继承也是实践中需要重点关注的问题。根据股票期权的特点,主要可以分成生前已行权、生前未行权等两种情形。

1. 已行权部分股票期权的继承

对于股票期权,如果被继承人在生前已经

行权,并获得了收益(常见的有股票、存款等),法院一般会在继承案件中予以分割。

在天津市第一中级人民法院审理的(2013)一中民一终字第1325号法定继承纠纷案件中,法院认为,关于原告主张的被告孙一×名下中国银行(香港)有限公司账户(01×××12)内期权行权后的港币存款及港币工资余额,共计港币3886006.33元问题,被告孙一×虽提出缴纳税款,但其并未提交充分证据证明已经缴纳税款,故其主张原审人民法院不予支持,上述款项应当予以析产继承。由原告及被告孙二×每人继承港币647667.72元,被告孙一×析产继承港币2590670.89元。

2. 未行权部分股票期权的继承

对于被继承人在生前未行权的股票期权,法院一般在继承案件中不予处理,继承人可另行主张。

在北京市朝阳区人民法院审理的(2018)京0105民初81177号继承纠纷案件中,法院认为,关于汪某名下阿里巴巴公司股票,其中275股于刘xx去世后行权,但阿里巴巴公司授予汪某股票的时间为2017年5月22日,发生于二人婚姻关系存续期间,应属夫妻共同财产,故应当按照法定继承原则进行分割,汪某继承后支付原告和李某折价款。剩余825股尚未行权,且最终利益

是否完全获得与汪某是否在职、工作年限、工作业绩等密切相关,故本院对该剩余部分股票不予处理,原告可待条件成就时另行主张。

但问题是,员工本人都过世了,事实上已不可能行权,法院虽然判决继承人可另行主张,但事实上继承人如何通过另案诉讼主张权利仍然存在很大的不确定性。这种情况下,我们建议继承人应当积极主动和获得期权一方生前的单位协商股票期权的行权问题。

在上海市浦东新区人民法院审理的(2013)浦民一(民)初字第4667号分家析产、法定继承纠纷案件中,法院查明,10、2013年3月26日,原、被告以及陈x的生前工作单位易安信电脑系统(中国)有限公司上海分公司关于陈x最后一笔公司捐款以及公司股票期权达成分配协议,由两原告持有捐款的一部分32,574.95元,两被告持有捐款的剩下部分12,118.76元以及1,000股的公司股票期权,两原告已领取上述款项。审理中,被告请求在本案中确认上述1,000股公司股票期权归两被告所有,原告表示同意。最终,法院判决易安信电脑系统(中国)有限公司上海分公司的1,000股股票期权归被告褚x、陈x所有。

3. 境外的股票期权法院可能不予处理

除了上述裁判规则以外,还需要注意的是,如果涉案的上市公司是在境外上市,则法院有

可能以财产在境外为由不予处理,要求当事人到境外办理继承。

在浙江省杭州市西湖区人民法院审理的(2015)杭西民初字第4094号之一法定继承纠纷案件中,法院认为:阿里巴巴上市公司主体的住所地不在本院辖区内、阿里巴巴股票并非在我国境内上市交易,人民法院分割或折价处理阿里巴巴公司股票须符合我国民事诉讼法的特别规定,否则法院裁定驳回起诉。……原告郭某1、黄某要求继承的主要遗产中包括有阿里巴巴公司股票,该公司的住所地不在本院辖区内;……另一方面,原告郭某1、黄某在审理中表示不同意就郭某2遗产中的汽车、存款等部分财产先行处理,要求就全部遗产包括阿里巴巴公司股票、402室房屋一并同时处理。而阿里巴巴公司股票并非在我国境内上市交易,人民法院分割或折价处理阿里巴巴公司股票须符合我国民事诉讼法的特别规定。原告郭某1、黄某以普通民事纠纷向本院起诉不符合该规定,其起诉应予裁定驳回。

第六部分 \n 结语

股票期权作为一种财产性权益,在夫妻离婚或是继承发生时如何处理,是实务中非常复

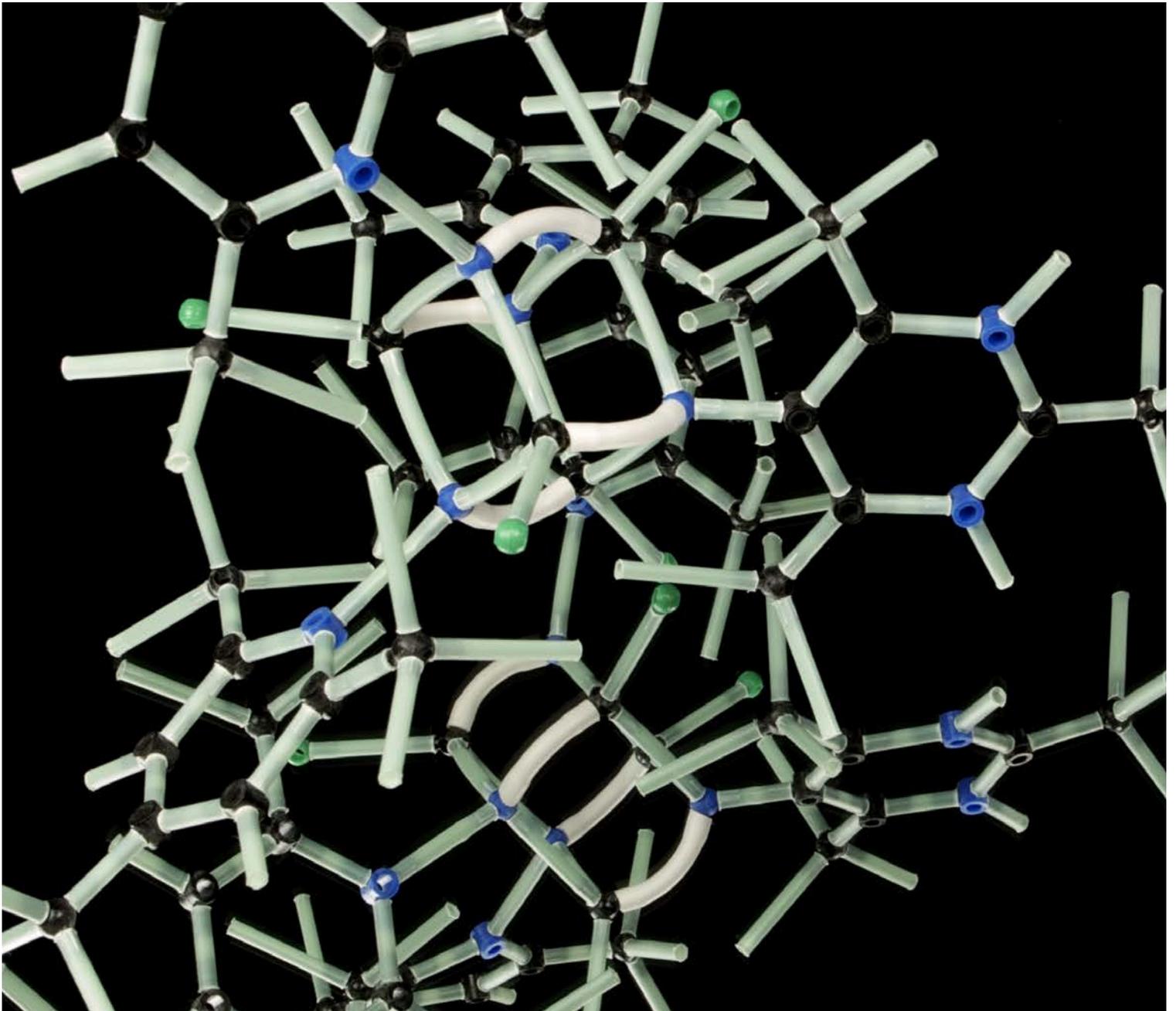
杂的问题,受激励对象的配偶和继承人维权不易。《民法典》在第一千零六十二条增加了“劳务报酬”、“投资的收益”这两类夫妻共同财产形式,虽然为当事人主张分割股票期权这一财产性权益进一步提供了法律依据,但司法实践中关于股票期权在离婚和继承中的分割规则还有待进一步的发展和细化。☞



贾明军
合伙人
公司一部
上海办公室
+86 21 6061 3770
jiamingjun@zhonglun.com

《生物安全法》对企业合规的影响

作者：傅长煜、左玉茹、孟阳玉倩、韩越



2020年10月17日,十三届全国人大常委会第二十二次会议表决通过《中华人民共和国生物安全法》(“《生物安全法》”),该法自2021年4月15日起正式施行。

《生物安全法》共计十章八十八条,覆盖生物安全风险防控体制,防控重大新发突发传染病、动植物疫情,生物技术研究、开发与应用安全,病原微生物实验室生物安全,人类遗传资源与生物资源安全,防范生物恐怖与生物武器威胁,生物安全能力建设等内容,覆盖面较广,其中生物技术研究、开发及应用安全和人类遗传资源与生物安全两部分内容与企业密切相关。本文将简要介绍《生物安全法》的主要内容,并将简要分析生物技术研究、开发及应用安全和人类遗传资源与生物资源安全两部分内容可能对企业造成的影响。

第一部分 \

《生物安全法》的主要内容

总体上,《生物安全法》的立法聚焦生物安全领域主要风险,完善生物安全风险防控体制机制,着力提高国家生物安全治理能力。

(一) 明确生物安全的定义与《生物安全法》的适用范围

此前,我国立法层面对于生物安全并没有统一的定义,《生物安全法》二审草案的定义也比较模糊,正式出台的《生物安全法》则首次明确了生物安全“指国家有效防范和应对危险生物因子及相关因素威胁,生物技术能够稳定健康发展,人民生命健康和生态系统相对处于没有危险和不受威胁的状态,生物领域具备维护

国家安全和持续发展的能力”,并以列举方式明确《生物安全法》的适用范围。

(二) 构建生物安全风险防控体制

监管体制上,《生物安全法》确立了协调机制下的分部门管理体制:垂直层面,中央国家安全领导机构负责国家生物安全工作的决策和议事协调,省、自治区和直辖市则组织协调、督促推进本行政区域内的生物安全相关工作,地方各级政府对本行政区域内生物安全工作负责;水平层面,国家生物安全工作协调机制由国务院卫生健康、农业农村、科学技术、外交等主管部门组成,并设立办公室负责协调机制的日常工作,设立专家委员会提供决策咨询。

制度建设上,《生物安全法》设立了11项制度,紧紧围绕“风险防控原则”,建立生物防控体

系。11项制度包括：生物安全风险监测预警制度、生物安全风险调查评估制度、生物安全信息共享制度、生物安全信息发布制度、生物安全名录和清单制度、生物安全标准制度、生物安全审查制度、生物安全应急制度、生物安全事件调查溯源制度、国家准入制度和境外重大生物安全事件应对制度。

监查规则上，规定县级以上人民政府有关部门应当依法开展生物安全监督检查工作，实施生物安全监督检查，被检查单位和个人应当配合，如实说明情况，提供资料，不得拒绝、阻挠。监督检查部门可以依法采取下列措施：（一）进入被检查单位、地点或者涉嫌实施生物安全违法行为的场所进行现场监测、勘查、检查或者核查；（二）向有关单位和个人了解情况；（三）查阅、复制有关文件、资料、档案、记录、凭证等；（四）查封涉嫌实施生物安全违法行为的场所、设施；（五）扣押涉嫌实施生物安全违法行为的工具、设备以及相关物品；（六）法律法规规定的其他措施。

(三) 明确生物技术研究及开发实行风险分级管理

就生物技术研究、开发及应用问题，《生物安全法》明确规定实行分类管理，将研究开发活动分为高、中、低三类风险，高、中风险实施批准

或备案管理，分类标准及名录将由国务院相关主管部门出台。

就生物技术研究、开发进行风险分级管理并非《生物安全法》首创，2017年科技部印发《生物技术研究开发安全管理办法》（“《生物技术研究开发安全管理办法》”）即已明确对生物技术研究开发进行风险分级管理，而且，此前亦已有原国家科学技术委员会1993年发布的《基因工程安全管理办法》明确对基因工程工作安全管理实行安全等级控制、分类归口审批制度；国务院2001年即发布并多次修改的《农业转基因生物安全管理条例》，对农业转基因生物安全实行分级管理评价制度。

相较于此前已有的风险分级管理制度，《生物安全法》覆盖面更高，法律位阶更高，对于企业合规的影响更加广泛，我们将在本文第二部分详细展开论述《生物安全法》关于生物技术研究及开发的风险分级管理制度对于企业的影响。

(四) 保障人类遗传资源与生物资源安全

《生物安全法》第六章规定了“人类遗传资源与生物资源安全”，明确就人类遗传资源的采集、保藏、利用、对外提供等活动进行管理和监督。

《生物安全法》就人类遗传资源的管理基本沿用2019年《人类遗传资源管理条例》（“《人遗条例》”），明确就以下四项活动需经国务院科学

技术主管部门批准：(一)采集我国重要遗传家系、特定地区人类遗传资源或者采集国务院科学技术主管部门规定的种类、数量的人类遗传资源；(二)保藏我国人类遗传资源；(三)利用我国人类遗传资源开展国际科学研究合作；(四)将我国人类遗传资源材料运送、邮寄、携带出境；为了取得相关药品和医疗器械在我国上市许可，在临床试验机构利用我国人类遗传资源开展国际合作临床试验、不涉及人类遗传资源出境的，不需要批准，但应备案；将我国人类遗传资源信息向境外组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用的，应当向国务院科学技术主管部门事先报告并提交信息备份。《生物安全法》在人类遗传资源管理的具体规定上，与《人遗条例》略有出入。

人类遗传资源管理制度对企业，尤其是进行研发的企业，影响是比较大的。《人遗条例》正式实施后，企业进行具体业务审批或备案时，也存在较多困惑，我们将在本文第三部分详细展开人类遗传资源管理制度对于企业合规的影响。

(五) 其他内容

《生物安全法》还分别专章规定了“第三章 防控重大新发突发传染病、动植物疫情”，“第五章 病原微生物实验室生物安全”，“第七章 防范生物恐怖与生物武器威胁”，“第八章 生物安全

能力建设”，相关内容系对国家生物安全制度的宏观规定，与企业之间的密切程度低一些，本文暂不展开讨论。

第二部分 \

生物技术研究、开发分级管理对企业的影响

《生物安全法》规定，生物技术研究、开发与利用，是指通过科学和工程原理认识、改造、合成、利用生物而从事的科学研究、技术开发与应用等活动。这一概念可谓包罗万象，覆盖了与生物相关的所有研发、应用活动。如上文所述，在生物研发、应用方面的风险分级管理，尤其是针对特定领域的风险分级管理早已开展，因此，要探讨《生物安全法》项下生物技术研究、开发分级管理对企业的影响，需要首先分析《生物安全法》项下规则与已有规则的差异。

(一) 生物技术研究、开发风险分级管理现状

1.《生物技术安全管理办法》风险分级管理规则

《生物技术安全管理办法》按照生物技术研究开发活动的潜在风险程度，分为高风险、较高风险和一般风险等级，对三种风险级别分别进行了解释，并直接附上了分类目录。



高风险等级,指能够导致人或者动物出现非常严重或严重疾病,或对重要农林作物、中药材以及环境造成严重危害的生物技术研究开发活动所具有的潜在风险程度。较高风险等级,指能够导致人或者动物疾病,但一般情况下对人、动物、重要农林作物、中药材或环境不构成严重危害的生物技术研究开发活动所具有的潜在风险程度。一般风险等级,指通常情况下对人、动物、重要农林作物、中药材或环境不构成危害的生物技术研究开发活动所具有的潜在风险程度。

根据《生物技术安全管理办法》随附分类名

单,《人间传染的病原微生物名录》《动物病原微生物分类名录》中涉及第一类和第二类病原微生物,且按照规定必须在生物安全四级或三级实验室开展的研究开发活动;《中华人民共和国进境动物检疫疫病名录》中,涉及第一类传染病和寄生虫病的研究开发活动;涉及新发高致病性病原微生物的研究开发活动;涉及具有感染活性的各类微生物的人工合成活动;涉及存在重大风险的人类基因编辑等基因工程的研究开发活动;等属于高风险等级,共明确列明7项活动,并设置兜底条款。

不过,作为科技部制定的部门规章,《生物技术安全管理办法》无权设置行政许可,因此,该规定仅仅规定了生物技术研究开发的风险等级划分方式,却并未针对不同等级设置不同管理制度,也未对外资准入提出任何限制性规定。

2019年3月,科学技术部又发布了《生物技术研究开发安全管理条例(征求意见稿)》,将风险等级调整为高风险、一般风险和低风险,该征求意见稿中规定高风险活动需经省级政府科技部门的批准,目前,该征求意见稿尚未通过。

2.《基因工程安全管理办法》就基因工程的风险分级管理制度

原国家科学技术委员会1993年发布的《基因工程安全管理办法》,对基因工程工作安全管理实行安全等级控制、分类归口审批制度。按照潜在危险程度,基因工程划分为I、II、III、IV四个安全等级。《基因工程安全管理办法》要求从事工程工作的单位,应对依据进行安全性评价,确定安全等级,并进行分类分级申报,经审批同意后方能进行。

由于该规定发布、实施于1993年,《行政许可法》尚未颁布实施,因此,作为部门规章,该规定也设置了行政许可。2004年《行政许可法》实施之后,该规定不再满足设置行政许可的条件,而《国务院对确需保留的行政审批项目设定行

政许可的决定》仅仅保留了依据该办法设立的林木转基因工程活动审批,行政许可的范围仅限于林木转基因工程。

《基因工程安全管理办法》未就外资准入作出限制,根据《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》(2020年版),人体干细胞、基因诊断与治疗技术开发和应用,属于外商禁止投资领域。

3.《农业转基因生物安全管理条例》农业转基因生物安全分级管理评价制度

《农业转基因生物安全管理条例》最早发布于2001年,最近一次修改系2017年。农业转基因生物按照其对人类、动植物、微生物和生态环境的危险程度,分为I、II、III、IV四个等级,划分标准与《基因工程安全管理办法》基本一致,主管单位系农业部。

基于该管理条例,中外合作、合资或者外方独资在中国境内从事农业转基因生物研究与试验的,应当经国务院农业行政主管部门批准,明确对外商投资准入的限制。除此之外,管理条例还设置多项审批和报告制度。

此外,根据《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》(2020年版),中国稀有和特有的珍贵优良品种的研发、养殖、种植以及相关繁殖材料的生产(包括种植业、畜牧业、水产业的优良基因),农作物、种畜禽、水产苗种转基因品种选

育及其转基因种子(苗)生产,属于外商禁止投资领域。

(二)《生物安全法》在生物技术研究、开发、应用分级管理及外资准入方面的调整以及对企业的影响

1.安全风险分类标准调整,企业需随时关注各主管部门后续出台的各领域分类标准和名录

《生物安全法》沿用了《生物技术安全管理办法》的三级风险分类标准,名称表述略有不同,分别为高风险、中风险、低风险,这意味着农业转基因生物安全和基因工程生物安全原本适用的四级风险分类标准需进行调整。

风险分类标准及名录由国务院科学技术、卫生健康、农业农村等主管部门根据职责分工,会同国务院其他有关部门制定、调整并公布,即,分类标准和名录将由各主管部门根据自身职责予以分配、制定。原本科技部制定的名录覆盖了微生物、基因工程、传染病、人类基因编辑,后续这几个领域的分类标准和名录则有可能由卫健部门参与制定,相应名录可能也会发生变化。

2.风险级别确定方式暂不明确,企业需初步确定分类级别,如属于高中风险,需做好相应应对预案

对风险级别确定方式,《生物安全法》仅有非常笼统的规定,即从事生物技术研究、开发活动,应当进行风险类别判断。从该规定文义判断,风险级别的判断责任在开展活动主体一方,表面看来不需要由主管部门进行分类审批。而目前对于分类错误或不当,并没有设置相应的救济或处罚措施,分类的具体执行尚不清晰。

从事高风险、中风险生物技术研究、开发活动,应当由在我国境内依法成立的法人组织进行,并依法取得批准或者进行备案。这是一条原则性规定,明确高中风险生物技术研发活动需进行审批或备案,但审批主管单位、审批标准、申请条件等,仍需进一步的实施细则方可确定。不过,可以预见的是,审批所覆盖的领域较之于《生物安全法》实施以前,必将大范围扩大,原本未实施审批制度的生物技术研发活动,很可能后续需根据风险级别进行预先审批。不过,这一规定,未对生物技术研究、开发规定外资准入限制。

企业应根据现有风险级别含义以及既有的各领域分类标准自行判断已在进行的相关生物技术活动风险,如涉及高中风险活动需进行审批或者备案的,企业需随时关注各主管部门的细化标准和名录,做好可能的业务调整预案,以防措手不及。

3.从事生物技术研究、开发与应用活动

需进行伦理审查, 需制定风险防控措施、生物安全工作制度

《生物安全法》要求, 从事生物技术研究、开发与应用活动, 应当符合伦理原则。即, 伦理审查原则的适用范围进一步拓宽。

并且, 从事生物技术研究、开发与应用活动的单位应当对本单位生物技术研究、开发与应用的安全负责, 采取生物安全风险防控措施, 制定生物安全培训、跟踪检查、定期报告等工作制度, 强化过程管理。

上述规则均对于从事生物技术研发与应用的企业提出了更高的合规要求, 企业的合规制度需据此相应调整和完善。

4. 从事被禁止的生物技术研发活动法律后果严厉, 企业需谨慎

《生物安全法》明确, 禁止从事危及公众健康、损害生物资源、破坏生态系统和生物多样性等危害生物安全的生物技术研究、开发与应用活动, 但该禁止范围较为笼统, 仍存在较高的不确定性。《生物安全法》第三十四条相应规定了罚则: 从事国家禁止的生物技术研究、开发与应用活动的法律责任非常严厉, 将处以至少100万元的罚款, 如果违法所得在100万元以上, 处违法所得十倍以上二十倍以下的罚款, 并可附加一定时期甚至终身行业禁入、吊销许可证件的

处罚。此规定应系针对我国法律对前一时期发生的生物技术谬用等行为和事件, 缺乏相应处罚规定的问题, 企业需注意避免碰触伦理红线。

第三部分 \ 人类遗传资源与生物资源安全管理对企业的影响

如上文所述, 《生物安全法》第六章除人类遗传资源安全管理外, 还涉及了生物资源安全管理, 人类遗传资源安全管理措施基本沿用了《人遗条例》的相关规定, 而生物资源安全管理则仅有概括性规定, 但也已设置了相应的审批、备案制度, 后续可能会出台相应的实施细则。

(一) 人类遗传资源安全管理制度及对企业的影 响

1. 人类遗传资源管理的现有规则

(1) 外资禁入与限制

境外组织、个人及其设立或者实际控制的机构(“外方单位”)不得在我国境内采集、保藏我国人类遗传资源, 不得向境外提供我国人类遗传资源。外方单位需要利用我国生物资源开展研发活动, 需要通过与中国方单位合作的方式, 并依法取得标准。

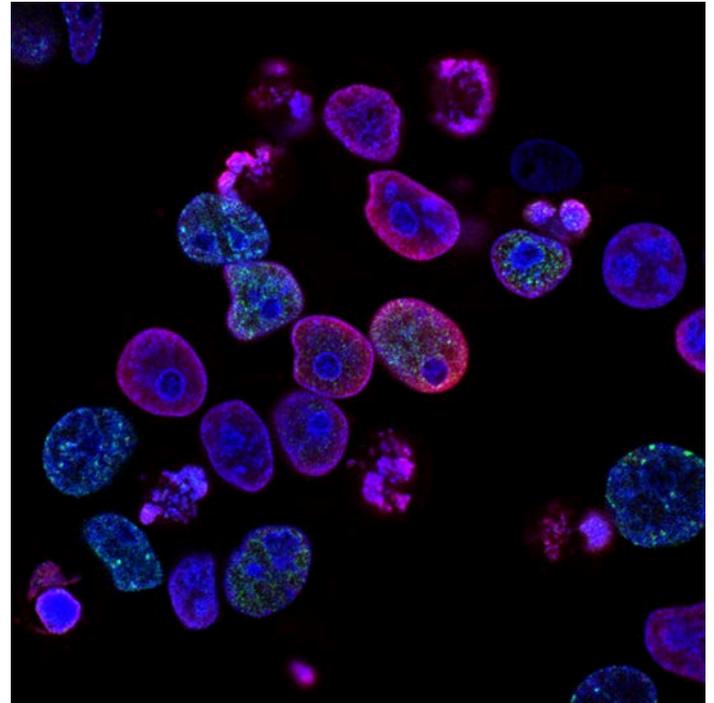
(2) 审批备案制度

就人类遗传资源的采集、保藏、利用、对外提供中国人类遗传资源所涉及的行政审批、备案规则,我们根据《人遗条例》以及科技部公布的服务指南,梳理如下:

中国人类遗传资源采集审批:采集我国重要遗传家系、特定地区人类遗传资源或者采集国务院科学技术行政部门规定种类、数量的人类遗传资源应进行审批。并非所有的采集活动均需进行审批,科技部中国人类遗传资源采集审批服务指南进一步界定了我国重要遗传家系、特定地区人类遗传资源以及国务院科学技术行政部门规定种类、数量。

中国人类遗传资源保藏审批:保藏我国人类遗传资源、为科学研究提供基础平台应进行审批。科技部的服务指南进一步明确了保藏的含义和范围。“保藏”是指将来源合法的人类遗传资源保存在适宜环境条件下,保证其质量和安全,用于未来科学研究的行为,不包括实验室检测后按照法律、法规要求或临床研究方案约定的临时存储行为。

中国人类遗传资源材料出境审批:国际合作科学研究中需要将我国人类遗传资源材料运送、邮寄、携带出境的,可以单独提出申请,也可以在开展国际合作科学研究申请中列明出境计划一并提出申请。只有中方单位可以申请材料



出境,外方单位则不得申请。

中国人类遗传资源国际合作科学研究审批:外国组织及外国组织、个人设立或者实际控制的机构(以下称外方单位)需要利用我国人类遗传资源开展科学研究活动,采取与我国科研机构、高等学校、医疗机构、企业(以下称中方单位)合作的方式进行,利用我国人类遗传资源开展国际合作科学研究应进行审批。

中国人类遗传资源国际合作临床试验备案:为获得相关药品和医疗器械在我国上市许可,在临床机构利用我国人类遗传资源开展国际合作临床试验、不涉及人类遗传资源材料出境的,不需要审批。但是,合作双方在开展临床试验前应当将拟使用的人类遗传资源种类、数

量及其用途向国务院科学技术行政部门备案。

中国人类遗传资源信息对外提供或开放使用备案:将人类遗传资源信息向外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用的,应当向国务院科学技术行政部门备案并提交信息备份。

(3) 企业对人类遗传资源管理审批备案制度的困惑

问题1.如何界定外方单位?

人类遗传资源管理原则上禁止外商投资,外方单位不得在我国境内采集、保藏我国人类遗传资源,不得向境外提供我国人类遗传资源。

企业判断自身及合作对象能否从事人类遗传资源相关活动,即需要判断是否属于“外方单位”。外方单位的定义是“外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构”。如果设立主体中存在外国组织或个人,或者企业实际控制人(包括通过协议控制和股权控制等方式)属于外国组织或个人,那么该机构即不能从事人类遗传采集、保藏、向境外提供等活动,与该机构进行人类遗传资源的研发合作亦需经审批或备案。

不过,企业对于外方单位的覆盖范围仍有较多疑虑,比如对合作方的实际控制人如何审查确定,尤其是协议控制情形,未审查或审查未发现,会否导致相应责任?中方单位内部从事人类遗传资源活动的人员可否有外国人?这些问

题的解答仍需个案具体分析判断。

问题2.企业能否存储人类遗传资源,是否必须及时销毁,如不销毁,是否必须进行“保藏”审批?

“保藏”是指将来源合法的人类遗传资源保存在适宜环境条件下,保证其质量和安全,用于未来科学研究的行为,不包括实验室检测后按照法律、法规要求或临床研究方案约定的临时存储行为。

根据科技部就中国人类遗传资源国际合作科学研究审批以及中国人类遗传资源国际合作临床试验备案出台的相应服务指南,在办理上述审批、备案时,申请人就应当填写人类遗传资源处置方案。以中国人类遗传资源国际合作科学研究审批为例,人类遗传资产处置方案包括:返样;捐赠剩余样本至(需要提交保藏审批书号);上传数据信息至国内数据库且不公开;其他(须说明原因)。一般来说,不允许无合适理由长时间保存样本,否则即超出临时存储的范畴,需进行保藏审批。

问题3. 知识产权分享如何理解?

《人遗条例》明确要求国际科研合作和临床试验合作必须就知识产权进行分享,而实践中,管理部门也要求合作协议中必须有知识产权分享条款。但是,某些科研合作中,基于已有的历史情况及客观情况的限制,无法进行知识产权

分享, 该问题应如何解决?

需要明确的是, 所需要进行分享的知识产权只是基于利用中国人类遗传资源产生的知识产权需要分享, 并不涉及在利用中国人类遗传资源前已经产生的知识产权。企业如面临上述问题, 不妨仔细分析, 研发及临床试验过程中是否产生知识产权、可能产生什么类型的知识产权、产生哪些知识产权, 从而进一步分析判断, 已有的客观情况和限制是否确实导致知识产权无法分享。

2.《生物安全法》在人类遗传资源安全管理方面的调整

《生物安全法》沿用了《人遗条例》的四项审批和两项备案, 基本制度设计与《人遗条例》一致。《生物安全法》的出台, 使得中国人类遗传资源管理的相关制度的法律层级从行政法规进一步上升至法律, 进一步凸显了人类遗传资源合规的重要性, 人类遗传资源的管理将愈发受到严格, 企业需高度重视。

《生物安全法》也并未完全照搬《人遗条例》的条款, 以下两点两文件表述有所不同:

(1) 就对外提供人类遗传资源信息, 《生物安全法》和《人遗条例》的表述有所不同

《人遗条例》第二十八条规定: “将人类遗传资源信息向外国组织、个人及其设立或者实际

控制的机构提供或者开放使用, 不得危害我国公众健康、国家安全和社会公共利益; 可能影响我国公众健康、国家安全和社会公共利益的, 应当通过国务院科学技术行政部门组织的安全审查。将人类遗传资源信息向外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用的, 应当向国务院科学技术行政部门备案并提交信息备份。”科技部公布的办事指南《人类遗传资源信息对外提供或开放使用备案范围和程序》未提及如何开展安全审查。

《生物安全法》第五十七条仅规定, “将我国人类遗传资源信息向境外组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用的, 应当向国务院科学技术主管部门事先报告并提交信息备份。”

两条款存在两个核心差异, 《生物安全法》未明确安全审查机制, 《生物安全法》对外提供信息的制度由“备案”调整为“事先报告”。不过, 仅从该差异, 尚难以直接得出人类遗传信息对外的安全审查机制被取消的判断, 也难以确定“备案”与“事先报告”的本质差异, 且看后续是否会进一步细化。

(2) 对于外方单位违法采集、保藏、向境外提供我国人类遗传资源的, 《生物安全法》的罚则更为苛刻

对于外国组织、个人及其设立或者实际控

制的机构违法采集、保藏、向境外提供我国人类遗传资源的,《生物安全法》的罚则更加严苛。《人遗条例》规定,对于以上违法行为,违法所得在100万元以上的,从处违法所得5倍以上10倍以下罚款;而《生物安全法》则提升到了10倍以上20倍以下罚款。外方单位需更进一步防范风险。

(二) 生物资源安全管理制度及对企业的影 响

《生物安全法》设立生物资源安全管理制度,目前尚未对“生物资源”进行界定,也没有其他法律法规定义“生物资源”。《生物安全法》对“生物资源”设置了外资限制:(1)规定境外组织、个人及其设立或者实际控制的机构获取和利用我国生物资源,应当依法取得批准,而并非禁止其采集、保藏与对外提供;(2)利用我国生物资源开展国际科学研究合作,应当依法取得批准。这意味着,一旦《生物安全法》实施,外方单位即必须经审批才能获取和利用我国生物资源。

但对于生物资源的获取、利用、国际科学合作的具体审批流程和要求,目前《生物安全法》尚未规定,还有待于后续出台相关细则,不过相信相关细则不会需要耗费太多时间,外商投资企业在国内开展生物资源利用的研发活动的,需要特别关注并做好业务调整预案。

第四部分 \n 结语

基于上述,我们简要总结《生物安全法》可能对研发企业造成较大影响的内容包括:

1. 外资禁入和限制的范围更为广泛,在生物技术研发与应用,生物资源获取和利用方面均较之于此前规定有所调整,具有外资背景的企业需进行预判,关注后续细则,做好业务调整预案;

2. 《生物安全法》在生物技术研发、应用方面,风险分级管理,尤其是评估风险级别、业务是否涉及审批等方面,将对企业产生较大影响,企业需关注后续各主管部门的分领域风险分类标准和名录;

3. 《生物安全法》生物资源的获取、利用、国际合作方面增设了外方单位的行政许可事项,但生物资源的界限不清晰,企业可能难以预判所从事的活动是否属于应经审批事项;

4. 《生物安全法》进一步加强了对外方单位从事被禁止的人类遗传资源相关活动的处罚力度。



傅长煜
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2085
fuchangyu@zhonglun.com

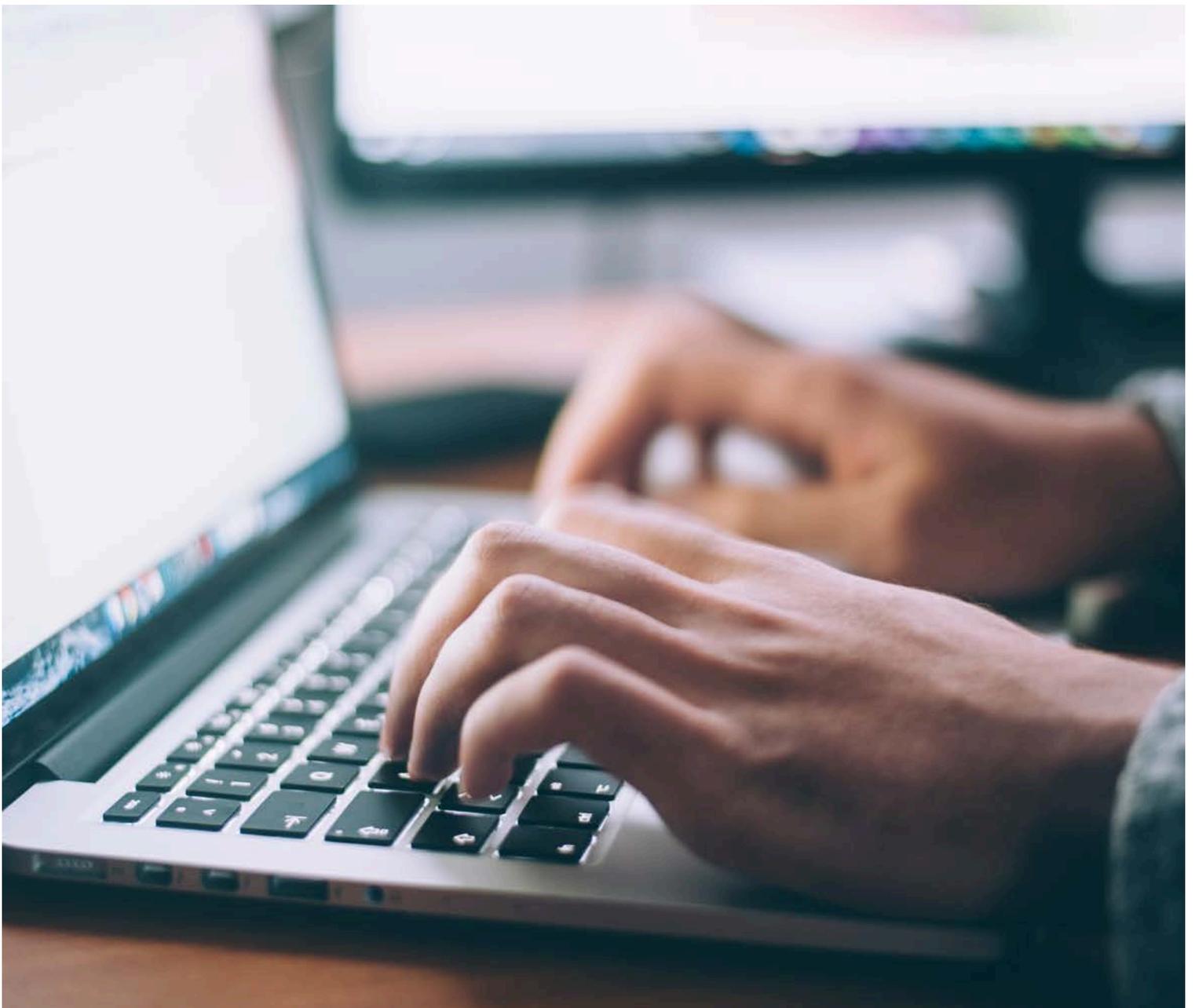


左玉茹
非权益合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5087 2996
zuoyuru@zhonglun.com

反壟斷執法機構回應 互聯網領域監管挑戰

——《關於平台經濟領域的反壟斷指南(征求意见稿)》亮點解读

作者：薛熠、谷田



如何回应互联网与数字经济时代下的竞争问题将会成为中国反垄断法实施的下一个十年将面对的诸多难题和挑战之一。

如业界所期, 反垄断执法机构以指南的形式回应了互联网领域的监管挑战。2020年11月10日, 国家市场监督管理总局反垄断局公布了《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》(以下简称“指南征求意见稿”), 正式面向社会公开征求意见。指南征求意见稿吸收了诸如动态竞争、跨界竞争、直接和间接网络外部性、用户多栖性等反映平台经济特性的经济学概念, 并以此作为竞争分析的特别考量因素, 分别从相关市场界定、横向及纵向垄断协议、滥用行为、经营者集中和行政垄断的角度对平台经济领域涉及的各类垄断问题给出了框架性的分析思路。本文简要介绍了指南征求意见稿的内容, 并对其中的核心亮点进行了总结和解读, 以供参考。

第一部分\ 平台经济如何催生达成垄断协议的新型方式?

1. 数据和算法或将便利垄断协议的达成

数据与算法的应用可能便利企业达成横向或纵向垄断协议。举例而言, 企业可能约定采用相同的定价算法以实现固定价格的效果, 同时数据与信息技术使得监督以及分析或预测竞争对手目前及未来的价格反应成为可能。

从指南征求意见稿的内容来看, 反垄断执法机构总体上认为数据、算法或其他技术手段都可能作为经营者达成垄断协议的工具, 例如: 利用技术手段进行意思联络; 利用数据和算法实现协调一致行为; 利用技术手段对价格进行自动化设

定; 利用数据和算法对价格进行直接或间接限定等。此外, 指南征求意见稿特别指出: “具有竞争关系的经营者可能借助与平台经营者之间的纵向关系, 或者由平台经营者组织、协调, 达成具有横向垄断协议效果的轴辐协议”, 因此, 平台经营者除了应当杜绝和竞争者之间达成合谋外, 还应当警惕充当其他具有竞争关系的经营者之间达成垄断协议的居间方, 从而被认定为组织、协调达成横向垄断协议的风险。

算法带来的反垄断问题的问题在业界已有广泛的讨论, 指南征求意见稿再次给平台经营者敲响了警钟: 在反垄断的视角下, 设计算法的人应当承担相应责任。此外, 针对以技术手段达成垄断协议的隐秘性, 指南征求意见稿进一步规定反垄断执法机构可以根据逻辑一致的间接

证据,推定经营者之间存在协同行为,此时由经营者需承担不存在协同行为的证明责任。

2.最惠国待遇(MFN)条款存在构成垄断协议的风险

在商业合同领域,最惠国待遇(Most-favored-nation treatment,“MFN”)条款一般是指,缔约一方给予交易相对人的交易条件不低于其现在或将来给予任何第三方相对人的交易条件¹。通常而言,MFN条款具有促进竞争的效果,例如:减少交易各方之间存在的价格歧视并最终实现商品或服务的降价;降低交易各方谈判和缔约成本;减少买方风险,鼓励买方承担创新成本²。

MFN条款在特定情形下也可能导致显著的竞争损害。欧美反垄断执法或司法机构对于MFN条款涉及的反垄断问题已有成熟的法律实践,许多知名平台都曾因MFN条款受到过反垄断执法机构的调查。MFN条款在形式上属于纵向限制,在特定市场环境下结合其他交易条件可能产生显著的排他效应,因而存在纵向垄断协议或滥用市场支配地位行为的风险。此外,如果MFN条款的双方存在同时存在横向关系,或者同时存在MFN条款和轴辐协议(如美国苹果电子书案),则MFN条款也可能会导致横向合谋问题。我国目前还没有专门针对MFN条款的反

垄断执法或司法案例,但在上海市监局查处的一起滥用市场支配地位案³中,执法机构认定含有最低采购数量条款、照付不议协议及最惠国待遇协议均属于排他性协议,对交易向对方产生了具有限定交易效果的数量强制义务,并在相关市场内产生了严重的市场封锁效果,表明了反垄断执法机构对于MFN条款反竞争效果的关注和担忧。

在上述理论和实践背景下,指南征求意见稿就评估MFN条款是否构成纵向垄断协议需要考察哪些因素进行了说明,包括经营者签订该条款的商业动机、对市场的控制能力以及实施该条款对市场竞争、消费者利益和创新的影响等因素。由此可见,我国反垄断执法机构对于MFN条款的违法性认定倾向于采用“合理分析的原则”,但是,对于在竞争分析时如何考虑相关因素则还缺乏具体的说明和示例。

第二部分\ 平台经济领域相关市场界定有何特殊性?

总体而言,平台经济领域相关市场界定仍

1.孙晋、宋迎:《数字经济背景下最惠国待遇条款的反垄断合理分析》,载《电子工业知识产权》2018年第12期。
2.黄勇、田辰:《网络分销模式中最惠国待遇条款的反垄断法分析》,载《法学论坛》2014年第9期。
3.Commission Decision, Case No COMP/M.6281 - MICROSOFT/ SKYPE, available at: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf.

然需要遵循需求替代和供给替代的基本方法，同时需考虑平台经济的特点在个案中对传统方法进行必要的修正。指南征求意见稿关于相关市场界定的规则有两大亮点特别值得关注：

1. “注意力竞争”或将扩大相关商品市场界定的范围

指南征求意见稿指出：“在平台经济中，经营者之间的竞争通常围绕核心业务开展，以获得用户广泛和持久的注意力。因此，界定相关商品市场时，不能简单根据平台基础服务界定相关商品市场，还需要考虑可能存在的跨平台网络效应，决定将平台界定为一个独立的市场，或者分别界定多个关联市场”。

传统的相关商品市场界定方法将重点放在了有相似可见特点的产品和服务上，但可能在一定程度上忽视了不同平台间为争取注意力而产生的竞争约束，而“注意力竞争”（对于用户、浏览量/下载量以及使用时间的竞争）正是互联网平台企业最主要的竞争形式。举例而言，通常被我们视为商品或服务的社交软件、搜索引擎、即时通信软件、网络视频等产品，其本质都是用来获取并向广告商出售用户注意力的工具，只是它们获取、出售注意力的方式有所不同。尽管我们需要考虑用于获取注意力的商品或服务，但在竞争分析时，有时考察注意力本身被替代

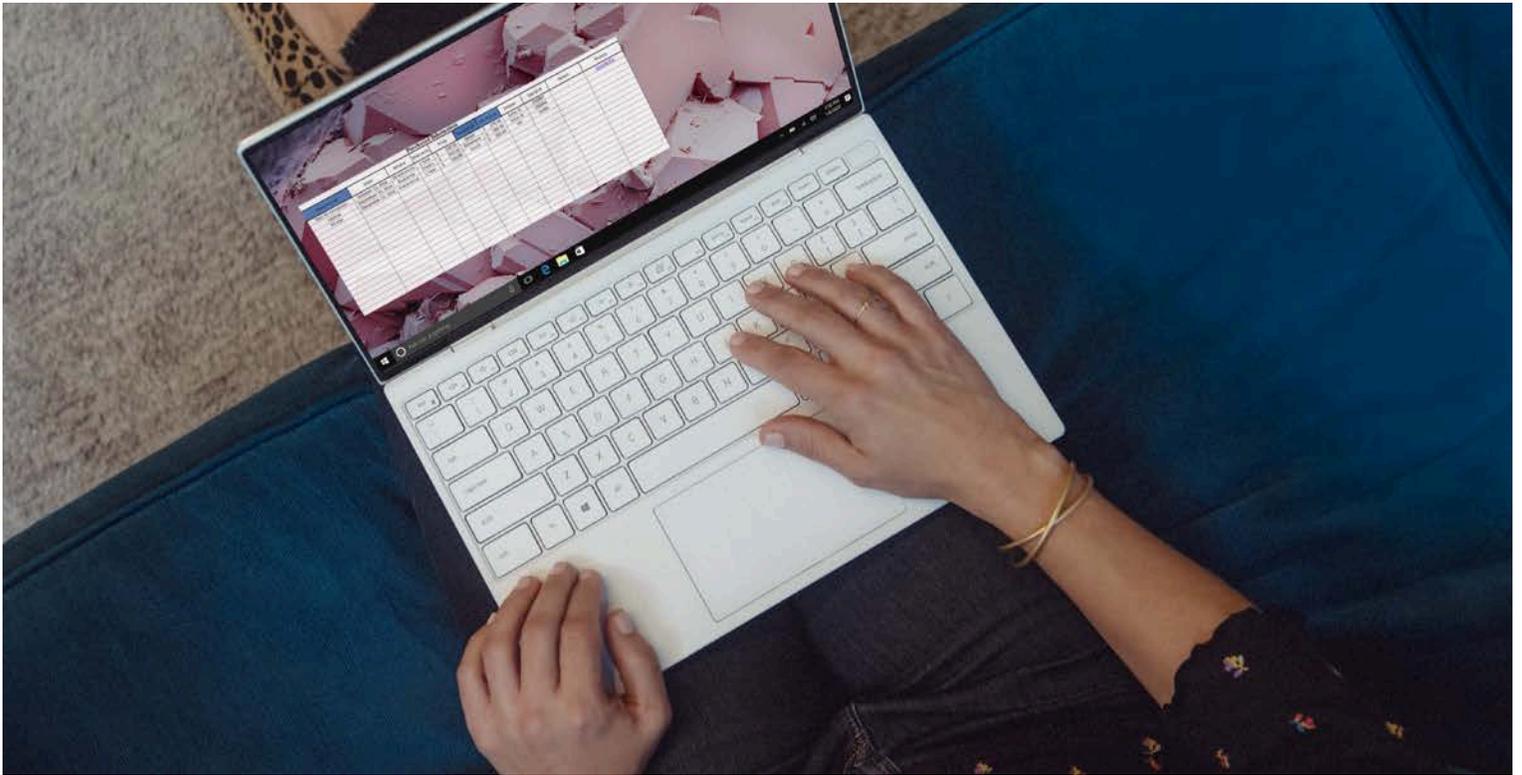
的可能性更为重要。

上述观点过往的执法和司法实践中已有适用。例如，欧盟委员会在审查微软收购Skype交易⁴时，并未将竞争分析的范围局限于视频通话业务（合并将导致双方视频通话业务在EEA范围拥有高达80%-90%的市场份额），而是综合考虑了其他公司可能通过各种创新产品获得大量用户注意力，从而可以快速进入通信行业并取得显著的市场份额的情况，最终批准了该项交易。另一个案例是（2013）民三终字第4号，尽管法院并没有明确界定相关市场，但基于“注意力竞争”及其他因素产生的竞争约束，法院不认为集成文字、语音及视频聊天的即时通讯服务市场是相关商品市场。

2. 相关市场界定是手段不是目的，个案中明确界定相关市场并非绝对必要

指南征求意见稿首先明确了相关市场界定应坚持个案分析原则，不同类型垄断案件对于相关市场界定的实际需求不同。对于横向垄断协议、纵向垄断协议的违法性认定，反垄断执法机构可以不明确界定相关市场；对于滥用案件和经营者集中审查，通常需要界定相关市场。更重要的是，指南征求意见稿同时指出：

4. 参见：http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/201904/t20190429_293282.html。



“在特定个案中,如果直接事实证据充足,只有依赖市场支配地位才能实施的行为持续了相当长时间且损害效果明显,准确界定相关市场条件不足或非常困难,可以不界定相关市场,直接认定平台经济领域经营者实施了垄断行为。”

事实上,关于在滥用案件中是否必须明确界定相关市场的问题,最高人民法院已有论断:“并非在每一个滥用市场支配地位的案件中均必须明确而清楚地界定相关市场”。⁵我们理解,指南征求意见稿的规定一方面是对既有实践规则的吸收,另一方面也是从反垄断执法的角度作出澄清,在一定程度上可以解决执法机构在

传统模式下认定平台经营者市场支配地位的困难。

第三部分\ 认定平台企业具有市场支配地位 有哪些需要特别考虑的因素?

《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》(“暂行规定”)列举了认定互联网等新经济业态经营者具有市场支配地位时可以考虑的因素,

5. (2013)民三终字第4号判决书。

包括“相关行业竞争特点、经营模式、网络效应、技术特性、市场创新、掌握相关数据情况及经营者在关联市场的市场力量”等因素。在此基础上，指南征求意见稿进一步细化了平台经济的各种特殊属性将在哪些方面影响支配地位的认定。举例而言：掌握和处理相关数据的能力是考察经营者的财力和技术条件的指标之一；平台规模效应、用户多栖性、数据获取成本、用户习惯则是考察其他经营者进入相关市场难以程度的重要指标。

从目前的执法和司法实践来看，我国尚未有认定互联网平台企业具有市场支配地位的案例。但这并不意味着，互联网环境下的高度创新、动态竞争的特征可以使得互联网巨头企业豁免于市场支配地位的认定。长期占据较高的市场份额、较强的间接网络效应、高用户粘性、高平台转换成本、长期缺乏显著的市场进入都可以印证市场支配地位的存在，欧盟委员会对于谷歌的调查和处罚为其他司法辖区的执法机构提供了极富参考价值的实例。

第四部分\ “二选一”“大数据杀熟”“数据垄断”属于垄断行为吗？

中国多年来互联网行业的发展和并购浪潮



催生了许多超级平台，随着平台公司的发展壮大，其采取的竞争策略和手段引起了广泛的竞争担忧，“二选一”“大数据杀熟”“数据垄断”是其中备受关注的典型问题。指南征求意见稿对这些典型行为都作出了回应，在相关平台经营者具有市场支配地位的情形下，相关行为具有构成滥用市场支配地位行为的风险。

1.“二选一”或将构成限定交易⁶

根据指南征求意见稿，“要求交易相对人在竞争性平台间进行‘二选一’或者其他具有相同效果的行为”属于限定交易行为。认定平台限定交易行为需要关注两种情形：一是平台经营者通过搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证

6. 我们理解，“二选一”行为还可能适用《反垄断法》第十四条关于纵向垄断协议的兜底性条款予以规制。

金等惩罚性措施实施的限制,因对市场竞争和消费者利益产生直接损害,一般可认定构成限定交易行为;二是平台经营者通过补贴、折扣、优惠、流量资源支持等激励性方式也可能构成变相的限制,但需要综合考虑平台内经营者、消费者利益和社会整体福利以及市场竞争的总体影响。

需要说明的是,支配地位经营者的限定交易行为并非必然违法,平台经营者可以主张相关行为存在合理理由,除了暂行规定列举的理由外,具体到平台经济领域,经营者还可从保护数据安全、维护平台合理的经营模式的角度进行主张。

2.“大数据”杀熟或将构成差别待遇

根据指南征求意见稿,“基于大数据和算法,根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等,实行差异性交易价格或者其他交易条件”,以及“对新老交易相对人实行差异性交易价格或者其他交易条件”属于差别待遇行为。但是认定差别待遇的违法性还需要满足两个条件:一是针对交易条件相同的交易相对人,二是没有正当理由。对于前者,指南征求意见稿特别指出“平台在交易中获取的交易相对人的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同”;对

于后者,除通用规则外,平台经营者还可主张差异性的交易条件系基于平台公平、合理、无歧视的规则实施的随机性交易进行合理理由抗辩。

3.相关数据可能构成必需设施,“数据垄断”或将构成拒绝交易

从指南征求意见稿的内容来看,相关数据存在构成必需设施的可能性,需要综合考虑“数据对于参与市场竞争是否不可或缺,数据是否存在其他获取渠道,数据开放的技术可行性,以及开放数据对占有数据的经营者可能造成的影响等因素”。一旦相关数据被认定为构成必需设施,相关平台经营者拒绝开放或共享数据属于拒绝交易行为,在没有合理理由的情况下,构成滥用市场支配地位的行为。具体到平台经济领域,除通用规则外,经营者可以主张的合理理由还包括“交易相对人明确表示或者实际不遵守公平、合理、无歧视的平台规则”。

第五部分 协议控制(VIE)是否还属于经营者集中申报的灰色地带?

由于VIE架构的合规性问题,涉及VIE架构的交易是否需要以及能否通过经营者集中反垄断审查一直处于灰色地带,实践中存在大量涉

及VIE架构的企业未依法进行申报的情形。在平台经济领域，VIE架构被广泛应用，反垄断执法机构以指南的形式正式表明态度：“涉及协议控制(VIE)架构的经营者集中，属于经营者集中反垄断审查范围。”我们理解，无论是参与集中的经营者本身包含有VIE架构，还是集中本身涉及搭建VIE，均属于经营者集中反垄断审查范围，相关经营者在进行投融资交易时应尽早考虑经营者集中申报要求。

第六部分\ 平台经营者是否适用特殊的申报标准？

1. 营业额的计算方式可能根据不同的平台商业模式有所区别

指南征求意见稿规定：“对于仅提供信息匹配、收取佣金的平台经营者，可以平台所收取的服务费及平台其他收入计算营业额；对于具体参与平台一侧市场竞争的平台经营者，可以平台所涉交易金额及平台其他收入计算营业额。”

2. 反垄断执法机构可对未达到申报标准的集中交易主动进行调查

平台经营者因其商业模式的特殊性，其营业额可能远远低于正常的申报标准。但是，平台

经济领域未达到营业额标准的集中交易仍有可能产生排除、限制竞争的影响。针对这一问题，其他反垄断司法辖区多采用以交易金额或市场份额标准作为营业额标准的补充方式进行校正。不同于前述方式，指南征求意见稿采用了更灵活的方式，赋予反垄断执法机构在具有以下情形，且集中交易具有或者可能具有排除、限制竞争效果的条件下主动发起调查的权利，并同时鼓励经营者主动进行申报：

- 参与集中的一方经营者为初创企业、新兴平台；
- 参与集中的经营者因采取免费或者低价模式导致营业额较低；
- 相关市场集中度较高，参与竞争者数量较少；
- 具有或者可能具有排除、限制竞争效果的其他情形。

第七部分\ 结语

指南征求意见稿的出台充分表明：互联网、新经济领域并非反垄断监管的灰色地带，尽管存在一系列的竞争难题，但反垄断法框架体系在新经济领域仍然适用，只是具体条款内容和竞争效果评估会因时代发展而有所调整。

对于平台经营者而言，指南征求意见稿（及

未来出台的指南)提供了具有行业针对性的合规指引,对于经营者反垄断合规风险识别与评估具有重要的参考意义。可以预见,反垄断执法机构未来对于互联网平台经济领域将保持密切关注和强监管的态势。我们建议经营者根据反垄断执法机构发布的合规指南,基于自身平台经营模式的特点和市场地位,有针对性地开展系统的反垄断合规工作,包括系统的风险排查和合规制度建设,必要时寻求反垄断专业律师的帮助和建议。☞



薛熠
合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com

房地产企业破产时如何解决 网签备案注销问题

作者：孙才华、王杉



房地产企业破产案件中,管理人行使《企业破产法》第18条的规定的合同解除权解除商品房买卖合同后,往往需要办理商品房网上签约备案注销手续,才能最终去除商品房上的权利负担,为资产处置提供必要的条件。地方房地产主管部门关于商品房买卖合同网上签约备案及异动管理的规定,采取了买卖双方共同申请和单方申请注销两种模式。¹在债权人拒绝配合办理手续的情况下,采取何种途径注销网上签约(以下简称“网签”)备案,是房地产企业破产案件中面临的一个常见问题。为了解决这个问题,既要照顾房地产主管部门对商品房销售全过程监管的规范要求,又要合理运用商品房买卖合同纠纷案件的诉讼和执行手段,还要适应破产案件的审理节奏。本文试就此作出探讨。

第一部分\ 债权人不配合注销网签备案的原因及其影响

(一) 债权人不配合办理网签备案注销手续的原因

在管理人解除商品房买卖合同后,部分债权人不同意解除商品房买卖合同,就会拒绝协助办理网签备案注销手续;也有部分债权人虽然对解除商品房买卖合同无异议,但是担心其购房债权受偿前注销网签备案会导致其合法权益失去保障,从而主张先履行抗辩权²;有的债权人则借此向债务人索取非法利益,作为其协助办理网签备案注销手续的条件。

1. 不同意解除合同

近年来,随着商品房价格的上涨,债权人因解除商品房买卖合同获得的偿付,往往明显低于

其要求继续履行商品房买卖合同所能够获得的房屋价值。从自身经济利益出发,债权人不同意解除商品房买卖合同,这成为近年来债权人拒绝协助办理网签备案注销手续的最常见原因。

2. 担心注销后权益受损

有的债权人虽然同意解除商品房买卖合同,但担心注销后权益受损而提出抗辩。例如,在原告建德市梅城宾馆投资有限公司与被告林楚鹤商品房销售合同纠纷一案中,对于原告提出的判令被告立即协助原告注销在其名下五份商品房买卖合同的网签备案登记的诉讼请求,被告林楚鹤辩称:双方同意解除商品房买卖合同是基于原告全额履行付款义务,故协助办理注销网签手续并非原告所主张合同解除的后合同义务。若合同

1. 参见《市住房保障房管局关于进一步加强商品房买卖合同网上签约备案及异动管理工作的通知》(武房规〔2018〕8号)第四条、第七条,《成都市城乡房产管理局关于印发〈成都市商品房买卖合同登记备案管理办法〉的通知》(成房发〔2013〕13号)第十三条,《重庆市国土房管局关于开展存量房交易合同网上签约工作的通知》(渝文备〔2016〕593号)第五条。
2. 参见建德市人民法院(2019)浙0182民初588号、(2019)浙0182民初591号、(2019)浙0182民初600号。

解除,网签登记必须立即注销,那么被告自原告支付款项后立即协助办理注销网签手续的约定就毫无意义。³

3.索取非法利益的谈判筹码

在某些房地产企业破产案件中,有的债权人对管理人解除商品房买卖合同并无异议。但是,当债务人要求其配合办理网签备案注销手续时,在了解单方申请注销网签备案的条件及其实现路径后,债权人就借此向债务人索取种种非法利益,否则就拒不配合办理。协助办理网签备案注销手续,因此沦为债权人索取非法利益的交易条件。

(二) 债权人不配合办理网签备案注销手续产生的影响

如果债权人不配合办理网签备案注销手续,将会给破产案件的审理带来较大的影响。首先,去除权利负担,是实现破产财产变价和资产处置的基本条件。作为破产财产的商品房,在其网签备案注销手续没有完成的情况下,难以实现变价出售。其次,如果债权人不配合办理网签备案手续,债务人或管理人只能对照房管部门关于商品房买卖合同网签备案及异动管理的规定,寻求单方办理注销网签备案手续的依据,即取得确认商品房买卖合同解除、撤销或无效的生效法律文书。⁴通过民事诉讼或者仲裁取得所需要的生效

法律文书,不仅会额外增加债务人的负担,而且需要经过较长的时间周期,裁判结果也具有较大的不确定性,从而不可避免地影响破产案件的审理进展。

第二部分\ 单方申请注销网签备案的主要争 点及司法路径

为了取得单方申请注销网签备案所必需的生效法律文书,或者可替代的执行依据(或“执行名义”),债务人或管理人在破产实践中尝试了多种司法路径。

(一) 请求裁判确认购房合同解除、撤销或者无效

在大量的破产衍生诉讼案件中,债务人或者利害关系人通过诉讼的方式取得确认商品房买卖合同解除、撤销或者无效的民事判决书。例如,在原告(反诉被告)米娟丽、阚德民与被告(反诉原告)唐山市金凤桐房地产开发有限公司与破产有关的纠纷一案中,唐山市中级人民法

3. 参见建德市人民法院(2018)浙0182民初4836号。

4.《武汉市住房保障房管局关于进一步加强商品房买卖合同网上签约备案及异动管理工作的通知》(武房规〔2018〕8号)第7条第1款规定:“已办理商品房买卖合同备案并存在以下情形的,当事人可申请办理合同备案注销:(一)人民法院、仲裁机构生效的法律文书裁判确认(含调解书)商品房买卖合同解除、撤销或无效的;(二)购房人在同一项目中换购的;(三)合同备案后180天内购房人申请按揭贷款未获金融机构批准造成合同无法继续履行的,当事人另有约定的除外;(四)购房人本人或其父母、子女、配偶患重大疾病急需资金,房地产开发企业同意解除商品房买卖合同的;(五)其他特殊情形确需办理合同备案注销的。除第(一)种情形可单方申请以外,其他情形需合同双方共同申请。”

院认为,米娟丽、阚德民提交的证据尚不足以证明已交纳购房款,唐山市金凤桐房地产开发有限公司在已经进入破产重整程序的情况下,唐山市金凤桐房地产开发有限公司管理人根据企业破产法的相关规定,解除双方签订的商品房买卖合同,依据充分,判决确认商品房买卖合同已于2017年10月15日解除。⁵

又如,在浙江临安中都置业有限公司管理人、杭州诺维园林市政工程有限公司管理人诉朱如明、张红梅请求撤销个别清偿行为纠纷一案中,杭州市余杭区人民法院认为临安中都置业公司以商品房清偿诺维园林市政公司所欠朱如明债务的行为发生在该院受理中都控股集团破产清算申请前6个月内,且该清偿行为发生时临安中都置业公司、诺维园林市政公司已出现不能清偿到期债务且资产不足以清偿全部债务的情形,而该清偿行为致使两公司进入破产程序后的可分配财产减少,损害了其他债权人的合法权益,有违债权公平清偿原则。因此,临安中都置业公司管理人、诺维园林市政公司管理人有权要求撤销临安中都置业公司、诺维园林市政公司上述个别清偿行为,并有权要求撤销因该清偿行为而签订的商品房买卖合同。判决撤销浙江临安中都置业有限公司与被告朱如明、张红梅签订的商品房买卖合同。⁶

再如,原告兴化市国土资源局与被告兴化

市香娟房地产开发有限公司、赵娟确认合同无效纠纷一案中,兴化市人民法院认为:赵娟在重整计划执行期间通过与兴化香娟公司签订以房抵债协议及商品房买卖合同的方式向兴化香娟公司主张权利,显然违反了《企业破产法》第92条第2款关于“债权人未依照本法规定申报债权的,在重整计划执行期间不得行使权利”的规定,根据合同法第52条第1款第(五)项规定,前述协议及合同依法应认定为无效。判决确认被告兴化市香娟房地产开发有限公司与被告赵娟于2011年10月12日签订的商品房买卖合同无效。⁷

此外,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(三)》第8条“当事人之间在破产申请受理前订立有仲裁条款或仲裁协议的,应当向选定的仲裁机构申请确认债权债务关系”的规定,如果商品房买卖双方破产申请受理前订立有仲裁条款或仲裁协议,合同效力纠纷应当提交选定的仲裁机构仲裁解决。

(二) 申请裁定确认合同解除

以裁定的形式确认解除待履行的商品房买卖合同,在程序上比较便捷高效,在我国破产

5. 参见唐山市中级人民法院(2018)冀02民初22号。

6. 参见杭州市余杭区人民法院(2017)浙0110民初13581号。

7. 参见兴化市人民法院(2018)苏1281民初1717号。

审判实践中已有先例。例如，常熟市隆盛置业有限公司重整案审理过程中，因隆盛公司与买方签订的106份商品房买卖合同未实际全面履行付款义务，合同尚未履行完毕，自破产申请受理之日起2个月内管理人未通知买方继续履行。管理人根据《企业破产法》第18条之规定，向常熟市人民法院申请确认该106份商品房买卖合同解除。该院经审理认为：管理人依法履行企业破产法规定的各项职责，按照破产财产价值最大化原则，对隆盛公司未履行完毕的双务合同有权决定解除或者继续履行。隆盛公司与徐丽亚等人签订106份商品房买卖合同后，徐丽亚等人未按合同约定实际履行付款义务，且上述106份合同项下的商品房均未建成。管理人对未履行完毕的106份商品房买卖合同行使解除权，并无不当。据此，依照企业破产法第18条、民事诉讼法第154条第1款第11项之规定，裁定确认解除该106份商品房买卖合同。⁸

(三) 请求判令债权人协助注销网签备案

人民法院往往根据原告的申请，在判决确认商品房买卖合同解除、撤销或者无效的同时，一并判决购房人协助办理网签备案注销手续，或者单独判决购房人协助债务人办理网签备案注销手续。例如，在唐山市金凤桐房地产开发有限公司与全胜科、胡英坤与破产有关纠纷一案



中，唐山市中级人民法院认为，本案中金凤桐公司管理人已决定解除涉案《房屋买卖合同》，并向被告发出解除合同通知，被告确于2017年10月16日收到该通知，故金凤桐公司与全胜科、胡英坤签订的《房屋买卖合同》自该日已予以解除，被告全胜科、胡英坤应配合原告金凤桐公司办理解除网签、备案手续。判决被告全胜科、胡英坤于本判决生效后五日内配合原告唐山市金

8. 参见常熟市人民法院(2014)熟破字第00003-01号。

凤桐房地产开发有限公司办理解除网签、备案手续。⁹

(四) 申请协助执行其他破产法律文书

破产实践中,破产企业或者管理人有时向人民法院提出申请,请求将重整计划草案、无异议债权裁定、破产债权确认之诉裁判文书等作为可替代的执行名义,通知房管部门协助执行网签备案注销手续。

经人民法院裁定批准的重整计划草案,在某些方面是具有强制执行效力的。“因重整计划是经法院裁定批准生效的,其效力就不仅是当事人之间自行履行的一般合同效力,而是兼具有司法强制执行效力的生效法律文书,应当得到法院的执行保障。”¹⁰根据《企业破产法》第81条规定,重整计划草案的内容应当包括债务人的经营方案、债权分类、债权调整方案、债权受偿方案、重整计划的执行期限、重整计划执行的监督期限、有利于债务人重整的其他方案。管理人根据有利于债务人重整的原则决定解除商品房买卖合同,基于其对债务人重整的有利性,似乎可以纳入重整计划草案的内容。此外,人民法院在作出的无异议债权裁定或者破产债权确认判决中,如果确认了商品房买卖合同的解除、撤销或者无效,该类裁判文书有时作为通知房管部门协助执行的方式注销网签备案的执行

名义。

(五) 司法路径涉及的几个具体问题

1. 管理人是否具备原告诉讼主体资格

根据企业破产法和相应司法解释的规定,管理人可提起撤销权诉讼和无效行为之诉。但是,对于管理人能否提起解除合同确认之诉,却没有明确规定。南充市中级人民法院在审理谦明满、鲜明珍与四川海腾房地产开发有限公司管理人房屋买卖合同纠纷一案时,裁定认为:海腾公司未注销,具备民事诉讼主体资格。海腾公司管理人径行以原告主体资格提起诉讼,应由法律作出明确规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》第9条明确管理人依据企业破产法第31条、第32条的规定可提起撤销权诉讼,第17条明确管理人依据企业破产法第33条的规定提起无效行为之诉。海腾公司管理人提起本案房屋买卖合同之诉,不属于《中华人民共和国企业破产法》第31条、第32条、第33条规定的情形,故海腾公司管理人不具备原告诉讼主体资格。¹¹此案中,人民法院对管理人的原告主体资格作出限制解释,即除非法律有明确规定,管理人

9. 参见唐山市中级人民法院(2018)冀02民初176号、杭州市余杭区人民法院(2017)浙0110民初13581号。
10. 王欣新:《谈重整计划执行中的协助执行》,载《人民法院报》2016年7月13日,第7版。
11. 参见南充市中级人民法院(2018)川13民终3693号。

无权以原告身份提起破产衍生诉讼。由于法律并未赋予管理人提前解除合同之诉的权利，管理人不得以原告身份诉求清偿商品房买卖合同。事实上，本案还涉及另外一个法律问题：在企业破产法已经明确赋予管理人对待履行合同的继续履行或者解除之决定权的情况下，债务人或者管理人能否通过诉讼方式请求法院判决解除合同？以下作进一步分析。

2. 提起确认之诉、形成之诉，还是给付之诉

为了实现注销网签备案之目的，房地产破产企业提起诉讼时，应提起确认之诉、形成之诉，还是给付之诉？破产实践中出现过这“三种诉”。较为常见的是请求确认商品房买卖合同已经解除，即提起确认之诉；¹²在极少数情况下，有的请求解除商品房买卖合同，即提起形成之诉；此外，在提起确认之诉的同时一般附带诉请购房人协助房地产企业办理网签备案注销手续，或者单独诉请购房人协助办理网签备案注销手续，即给付之诉。

对于债务人和对方当事人均未履行完毕的合同，债务人进入破产程序的，除非根据企业破产法第18条的规定，管理人选择继续履行的合同可以继续履行外，其他合同均应解除。¹³如果商品房买卖合同属于“债务人和对方当事人均未履行完毕的合同”，管理人自破产申请受理

之日起两个月内未通知买方的，视为解除合同。既然房地产企业进入破产程序后，管理人有权单方决定解除买卖双方均未履行完毕的商品房买卖合同，商品房买卖合同也可因管理人未通知继续履行或者收到买方催告后不按期答复而“视为解除”，债务人没有必要提起形成之诉。如果确有必要，应提起确认之诉。如果确有必要，应提起确认之诉。

实践中，有债务人附带或者单独诉请债权人协助其办理网签备案注销手续，人民法院可将其作为判项。但在有的地方房管部门看来，如果出现此类判项，应由买卖双方共同申请注销网签备案，如果没有此类判项，则可由债务人依据有确认商品房买卖合同解除、撤销或无效的裁判文书单方申请注销网签备案。

3. 让与担保合同项下的网签备案如何解除

当事人以签订商品房买卖合同作为清偿债权的担保，虽然合同双方之间并非真实的房屋买卖关系，但是合同并不因此而无效，管理人也并不当然地有权决定解除。这是因为：如果商品房买卖合同的实质是让与担保合同，而其所担保的主合同即借款合同的出借人已经履行完

12. 参见苏州市相城区人民法院(2017)苏0507民初2989号。

13. 参见最高人民法院(2016)最高法民申3384号。

毕资金出借义务，管理人无权基于《企业破产法》第18条的规定解除商品房买卖合同。¹⁴在解除履行期届满前达成的以物抵债协议或者让与担保合同不能被确认无效或者解除情况下，商品房买卖合同项下的网签备案又如何注销呢？《全国法院民商事审判工作会议纪要》第45条、第71条等条款并未提供现存的答案。

第三部分\ 关于合同解除裁定确认制度的思考

在债权人不配合办理网签备案手续的情况下，提起商品房买卖合同解除、撤销或无效的确认之诉，会因审理周期较长而迟滞破产案件的审理进展。破产实践中，常熟市人民法院在审理常熟市隆盛置业有限公司重整案中，采取了以裁定的形式确认解除待履行的商品房买卖合同的路径，便捷高效，值得研究借鉴。

(一) 建立合同解除裁定确认制度的可行性

在现行企业破产法制度框架下，管理人享有免于诉讼的待履行合同自行决定解除权。根据企业破产法第三十一条、第三十二条、第三十三条和相关司法解释之规定，合同的撤销或无效，须由管理人向人民法院提起撤销权诉讼或

者无效行为之诉，管理人无权自行宣布合同的撤销或者无效。合同的解除则不同，可由管理人单方自行决定，而不以人民法院裁判为前提。企业破产法在管理人权限上的这种区别设计，颇具匠心，为管理人在决定解除合同后，不经人民法院实体审理，而直接申请人民法院裁定确认合同解除之事实，提供了制度解释上的空间。

既然企业破产法已经赋予管理人免于诉讼的待履行合同自行决定解除权，管理人决定解除合同或者合同视为解除后，该合同已经解除的事实无须再由债务人或者管理人通过提起解除合同之诉来加以确认。正是基于此种考虑，南充市中级人民法院认为，“合同解除的异议人可请求人民法院确认解除合同的效力，管理人无须提起解除合同之诉。”¹⁵



14. 参加最高人民法院(2019)最高民申3020号。
15. 南充市中级人民法院(2018)川13民终3693号。

(二) 关于合同解除裁定确认制度的主要构想

《企业破产法》虽然没有要求债务人或者管理人通过提起解除合同之诉的方式确认合同已经解除的事实,但这并不代表该事实不需要经过司法确认即具有对房管机关的强制执行效力。商品房买卖合同的解除,这种与债权人会议的债权核查结果、重整计划草案等类似的,对债权人的实体权利有重大影响的事项,还需要人民法院通过裁定的方式予以明确。现行《企业破产法》第4条、第18条和《民事诉讼法》第154条第1款第(十一)项规定,构成了合同解除裁定确认制度的法律规范依据。¹⁶以此为法律规范基础,有关合同解除裁定确认制度的主要构想如下:

1. 裁定确认的条件

申请人民法院裁定确认合同解除,应当符合以下条件:

(1) 商品房买卖合同已经依照《企业破产法》第18条的规定予以解除。具体包括三种情形:管理人决定解除合同并通知购房人;管理人自破产申请受理之日起2个月内未通知购房人,或者自收到购房人催告之日起30日内未答复而视为解除合同;管理人决定继续履行合同,但购房人要求管理人提供担保,管理人不提供担保而视为解除合同。

(2) 购房人对解除效力无异议,或者未在债务人提出申请裁定确认前就解除效力提起诉讼,或者提出的关于解除效力之异议的诉讼主张未获得支持。购房人未对债权人会议上核查的债权表记载的债权提出异议或者未在债权异议期提起诉讼的,视为对解除效力无异议。

2. 裁定确认的程序

在监督程序上,合同依照《企业破产法》第18条的规定解除后,应该参照人民法院对无异议债权的确认、对重整计划草案的批准等程序,由管理人向人民法院提出申请,由人民法院裁定是否确认。裁定确认程序,应该分三步走:

第一步,由管理人向人民法院提出确认申请。管理人基于专属于自身的合同解除权,有权以自己的名义在合同解除后直接向人民法院申请裁定确认合同解除的事实和效力。

第二步,通知债权人并听取其意见。解除商品房买卖合同对债权人的实体权利影响较大,基于“任何人在受到不利影响之前都要被听取意见”之自然正义理念,人民法院在收到管理人申请后,应告知债权人,听取其陈述和申辩。

第三步,人民法院审理后作出确认裁定。

16. 企业破产法第四条规定:“破产案件审理程序,本法没有规定的,适用民事诉讼法的有关规定”。民事诉讼法第一百五十四条规定:“裁定适用于下列范围:(一)不予受理;(二)对管辖权有异议的;(三)驳回起诉;(四)保全和先予执行;(五)准许或者不准许撤诉;(六)中止或者终结诉讼;(七)补正判决书中的笔误;(八)中止或者终结执行;(九)撤销或者不予执行仲裁裁决;(十)不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书;(十一)其他需要裁定解决的事项。对前款第一项至第三项裁定,可以上诉。裁定书应当写明裁定结果和作出该裁定的理由。裁定书由审判人员、书记员署名,加盖人民法院印章。口头裁定的,记入笔录。”

人民法院经审理后,如果认为商品房买卖合同的解除符合企业破产法第18条的规定,应予裁定确认。

第四部分\ 结语

为了解决房地产企业破产案件中的网签备案注销问题,合同解除的裁定确认方式已在破产实践中萌发。为规范企业破产程序,提高破产审判效率,在管理人合同解除权的基础上明确合同解除裁定确认制度,具有紧迫的实践需求。正是基于实践的需求,我们可以预见,合同解除裁定确认制度从实践探索到制度明确,不会很漫长。☞

(本文原载陈夏红、闻芳谊主编:《破产债权保障手册》,法律出版社2020年9月版。)



孙才华
合伙人
争议解决部
武汉办公室
+86 27 8555 7861
suncaihoa@zhonglun.com



中伦研究院出品



特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。